

UNIVERSIDAD DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La fase de la seguridad de la hipoteca

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

José Antonio Doral García de Pazos

Madrid, 2015

Rd. 54.375



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5322940369

TE
19

JOSE ANTONIO DORAL GARCIA
=====

LA FASE DE SEGURIDAD DE LA HIPOTECA.-

**Memoria presentada para op-
tar al grado de Doctor.-**

Madrid, 1960.-



i 37822184

INTRODUCCION	1
--------------------	---

CAPITULO PRIMERO

Questiones preliminares

I. El concepto jurídico de la propiedad.

- 1) La concepción teleológica de la propiedad. El derecho de propiedad y la determinación positiva de las facultades 5
- 2) Concepciones ontológicas. La propiedad como soberanía 10
- 3) La propiedad como relación jurídica. La noción de pertenencia 12
- 4) La propiedad como capital. Concepción económica de la propiedad 17

II. La distinción entre los derechos reales y de crédito.

- 1) Posiciones mantenidas por la doctrina al respecto 22

Páginas

2) Valoración y sentido de la distinción	26
3) Relación real y derecho real. La - concurencia de los derechos	30
4) Objeto de las relaciones reales .	38

CAPITULO SEGUNDO

Consideraciones en torno a la naturaleza de la hipoteca

I. Teorías más importantes

1) Teoría procesalista	46
2) La crítica de la teoría procesalista desde el punto de vista de la - realización del valor	71
3) Las teorías valoristas	74
4) Teorías de la hipoteca como obligación real	81

II. La hipoteca como relación real.

1) La relación hipotecaria	88
2) El objeto de la relación de hipoteca y el valor en cambio	89
3) Supuestos particulares.	
a) Hipoteca del derecho de usufructo	104
b) Hipoteca de la nuda propiedad.	107
c) Hipoteca del derecho de superficie	109

CAPITULO TERCERO

La hipoteca modifica el uso y goce -
de la cosa hipotecada

I. <u>Notas orientadoras.</u>	114
II. <u>La inmediatividad en la hipoteca. La hipoteca y las facultades materiales.</u>	117
III. <u>Sentido en que la hipoteca condiciona la administración de la cosa.</u>	120

IV. <u>La hipoteca como relación duradera y</u> <u>la obligación de conservar.</u>	122
V. <u>La acción de devastación.</u>	
1) Consideraciones generales	137
2) La protección de la integridad en el Derecho comparado	
a) Derecho italiano	141
b) Derecho francés	148
d) Derecho alemán	153
3) Comentario exegético del art. 117 de la ley hipotecaria.	
a) Interpretación gramatical ...	158
b) El artículo 219 del Reglamento hipotecario	172
c) Interpretación teleológica y - sistemática del precepto	176
4) Carácter real de la acción	185

CAPITULO CUARTO

La hipoteca altera la facultad de dis-
poner

I.	<u>La integridad de la garantía como lí-</u> <u>mite de la disponibilidad.</u>	
1)	Generalidades sobre la facultad de disposición	190
2)	Su aplicación a la hipoteca	204
3)	Teoría de la indisponibilidad abso- luta	208
4)	Teoría de la indisponibilidad rela- tiva	209
II.	<u>La indivisibilidad de la hipoteca.</u>	
1)	Clases de indivisibilidad	215
2)	La indivisibilidad de la hipoteca es indivisibilidad jurídica	217

3) La indivisibilidad por pisos del - edificio hipotecado	219
III. <u>Los pactos otorgados por el propietario.</u>	
1) El principio del respeto a la liber- tad del deudor	223
2) Fuente y eficacia de las prohibicio- nes	227
3) Jurisprudencia registral	231
4) Recientes criterios legislativos ..	235

CAPITULO QUINTO

La situación jurídica de la fase de se- guridad

I. <u>Los actos realizados durante esta fase - están en situación jurídica carente de - firmeza</u>	236
II. <u>Aplicación a los arrendatarios posterio- res a la constitución de la hipoteca.</u>	

Páginas

1) Arrendamientos rústicos	244
2) Arrendamientos urbanos	250
III. <u>El tercer poseedor de finca hipotecada.</u>	259
IV. <u>La cosa hipotecada como patrimonio separable.</u>	
1) Cómo afecta la hipoteca, a la pertenencia del bien al propietario.	270
2) Teoría del traslado de titularidad del valor en cambio	272
3) La cosa hipotecada, patrimonio separado	275
V. <u>El estatuto jurídico.</u>	
1) La garantía real tiene su régimen propio	285
2) Supuestos especiales:	
A) hipoteca de responsabilidad limitada	291

Páginas

B) hipoteca en garantía de rentas o prestaciones recíprocas	293
3) Verdadero significado de la accesq riedad	295
CONCLUSIONES	315
BIBLIOGRAFIA	316
INDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS	330

INTRODUCCION

Con frecuencia se encuentra expresada por los autores la idea de que la hipoteca, mientras no llegue la fase de ejecución, en nada o casi nada altera el modo de ser del dominio de la cosa hipotecada. Tal afirmación suele fundarse, de modo más o menos explícito, ya en la consideración de que la hipoteca afecta al valor de realización de la cosa pero no a la sustancia y facultades del derecho de propiedad sobre la misma, ya en la concepción de la hipoteca como simple carga que puede avocar a una ejecución forzosa pero sin que de momento y por sí sola encierre especiales virtualidades transformadoras del derecho del propietario.

En este estudio me propongo salir al paso de esa visión simplista del problema. Entiendo que la hipoteca representa un gravamen actual y efectivo sobre la cosa hipotecada, independientemente de que llegue o no a tener lugar su ejecución forzosa.

La cosa hipotecada, por el hecho de serlo, ofrece una condición jurídica distinta y peculiar. Antes de hipotecarse, el derecho ofrecía las características correspondientes a su propia tipicidad. Una vez hipotecado, se encuentra afecto a una finalidad -la de garantía- que acarrea profundas repercusiones sobre su alcance, contenido y desen-

volvimiento.

Por eso creo de interés ofrecer, en visión rápida, las transformaciones consiguientes a la imposición de una hipoteca sobre un derecho cualquiera. Fundamentalmente me referiré al de propiedad. Pero lo dicho en orden al mismo, puede generalizarse a los restantes derechos hipotecables.

De esta suerte creo posible mostrar el sentido auténtico de la fase de seguridad de la hipoteca y cómo significa un gravamen tangible que viene a derogar muchos de los modos normales de comportarse el derecho objeto de hipoteca.

A ese efecto me referiré, primeramente, a las diversas concepciones referentes a la propiedad; tanto si se la considera como suma de facultades, como soberanía, como relación jurídica o como capital, la hipoteca impuesta sobre la misma, ofrece en su respectiva orientación, una repercusión actual insoslayable. Claro que la trascendencia de estos modos de ver viene condicionada, por otra parte, por la concepción que se tenga de la hipoteca, bien como derecho real, bien como relación. Tal es el contenido del primer capítulo de este estudio.

En el segundo se explica por qué se adopta el criterio de considerar la hipoteca como relación real y las ventajas que, en orden al presente trabajo, pueden derivarse de ello.

Seguidamente se analizan las modificaciones que ocasiona la hipoteca, aun antes de su ejecución, sobre las

facultades de uso y goce de la cosa. La misma actividad de administración, como acto conservativo, cobra carácter y sentido especiales. El modo de aprovechamiento económico, su explotación y su goce se ven afectados por la hipoteca. Es que ésta representa la adscripción de una cosa a un destino y, por lo mismo, tal destino condiciona la libre utilización de la cosa gravada. Se estudian en este apartado todos estos puntos, la extensión con que la afección tiene lugar sobre las llamadas partes integrantes pertenencias y accesorios, así como la acción dirigida, en su caso, a impedir el uso o goce abusivo que contradiga el destino propio de la hipoteca.

En el capítulo cuarto se ponderan las limitaciones que la hipoteca impone a las facultades dispositivas del propietario sobre la cosa gravada. Se alude a la finalidad de garantía y a su significación como módulo regulador de tales limitaciones, a la indivisibilidad de la hipoteca como consecuencia primaria de aquella afección, al sentido de ciertos pactos otorgados por el propietario, y a las repercusiones de la hipoteca sobre los arrendamientos posteriores.

Por último, en el sexto, se describe la fase de seguridad en su peculiar significación jurídica. Las limitaciones antes reseñadas descubren una situación especial del derecho gravado que consiste, cabalmente, en su destinación, con eficacia real, una finalidad de garantía. Se hace ostensible así la consideración de la cosa hipotecada como patrimonio separado. De ello resulta un estatuto

peculiar al cual se incorpora quien adquiera la cosa. Estatuto peculiar que corresponde a la tipicidad legal de la hipoteca e individualiza la situación de forma que -sin perjuicio de su conexión a la obligación garantizada- ofrece en sí mismo las bases delimitadoras de la función de la cosa y la posición jurídica tanto del hipotecante no deudor como del tercer adquirente. Y ese estatuto implica un gravamen de la cosa con independencia de la ejecución de la hipoteca.

CAPITULO PRIMERO

CUESTIONES PRELIMINARES

I.- Concepto jurídico de la propiedad

1) La concepción teleológica de la propiedad. El derecho de propiedad y la determinación positiva de las facultades.

Entre las definiciones que se han dado del derecho de propiedad, la que, sin duda, ha logrado mayor fortuna por lo que puede calificarse de tradicional es la presentada por los antiguos intérpretes de los textos romanos como "ius utendi et abutendi de re sua quatenus juris ratio patitur".

Esta definición no es romana, si bien su origen y procedencia sea dudoso. Para algunos, así PICCINELLI, no se remonta más allá del siglo XVI, y que no es romana se deduce de la simple consideración de que los juristas romanos no se preocuparon de definir (omnis definitio in jure periculosa est), de que, por otra parte, les hubiere sido difícil hacerlo por las circunstancias históricas que determinaron una concepción distinta en cada época, haciendo que la institución misma no tuviera una perfecta unidad; de aquí que no sólo falte una definición sino incluso un término unívoco para designarlo (1).

Parece estar inspirada en un texto del Digesto (2) donde se dice que los poseedores de buena fe de una herencia no responderán por pérdida o deterioro de la misma ya que "re sua se abuti putant"

Mas es lo cierto que no se la puede ignorar por su celebridad dado que, como advierte SCIALOJA, no sólo en las sentencias de los Tribunales, sino también en los discursos de los legisladores se la encuentra citada como la definición de la propiedad en derecho romano (3). Es, por lo demás, la que aparece recogida en la mayor parte de los códigos.

En esta definición se pone en evidencia el ius utendi et abutendi, pero dentro del ius "utendi" va comprendido el "fruenti" y, dentro del "abutendi", la facultad de disposiciones de enajenar la cosa, abandonarla, destruirla (4).

Del mismo modo se quiere poner de manifiesto que el contenido del derecho de propiedad se determina en razón a la utilidad que las cosas pueden producir a su titular; utilidad genérica que presenta, como expresa D'ORS, las siguientes modalidades fundamentales:

(1) Vide, D'ORS, Elementos de Derecho Privado Romano, Pamplona 1960, pág. 101.

(2) D. 5, 3, 25, 11.

(3) SCIALOJA, Teoria della proprietà nel diritto romano, Roma 1928, V. I, pág. 262.

(4) ARANGIO RUIZ, Institutioni Di Diritto Romano, Nápoles 1957. 13ª ed., pág. 179.

a) usus, en sentido estricto, lo que sólo es posible sobre las cosas no consumibles, en las que cabe un aprovechamiento natural sin agotar su sustancia.

b) fructus, o sea la consumición de los frutos que produce una cosa, sin agotar la sustancia de la cosa que los produce.

c) la disposición sobre la sustancia misma de la cosa, que puede identificarse en el término latino *habere* (haber como dueño); disposición que puede consistir en una modificación o en una consumición, las cuales pueden ser, a su vez, materiales o jurídicas; así hay actos de modificación material (como la transformación de un solar en campo de cultivo o bosque), actos de modificación jurídica (como gravar una cosa con un derecho a favor de otro, por ejemplo, una hipoteca) y actos de consumición jurídica (como gastar el dinero, enajenar una cosa) (1).

La definición descrita del derecho de propiedad inspiró nuestros cuerpos legales. Así GARCIA GOYENA al comentar el artículo 391 del Proyecto sitúa la definición a que antes aludimos entre las que sirvieron de modelo al legislador (2). Si bien en el precepto se reproduce literalmente la del artículo 544 C.C. francés no por ello difiere sustancialmente de la romana. Precisamente por esto la doctrina estimó que, comparándola con la romana es aquella

(1) D'ORS, ob. cit., pág. 100.

(2) GARCIA GOYENA, Concordancias, Madrid 1852,--

preferible "por ser más completa, más precisos, más conocidos sus términos" (1).

Es tendencia natural entre los mantenedores de esta caracterización descriptiva de la propiedad la de reducir su contenido a los elementos esenciales.

Ello los llevará en primer lugar al intento de lograr una determinación positiva, al que responden en parte las definiciones dadas a la usanza de la Glosa.

Para formar una idea exacta del dominio, afirma S. ROMAN, es preciso determinar positivamente cuál es el alcance en el orden legal de ese imperio de la voluntad humana sobre las cosas, en cuya idea se resuelve toda noción jurídica de la propiedad, para lo cual establece una larga serie de facultades y derechos comprendidos en los de libre disposición, aprovechamiento y sucesión (2). Y es general la tendencia a resumirlos en el goce y la disposición. El derecho de gozar, escribe MANRESA, no es por sí la propiedad, a no dar un amplio sentido al goce, que implique otro derecho que después de todo lo completa. En efecto, al goce de la cosa hay que añadir el derecho de disponer de ella, en virtud del cual el propietario no sólo puede

(1) BENITO GUTIERREZ, Estudios sobre el Derecho civil español, Madrid 1881, tomo 2, págs. 79 ss. Vide, sobre el paralelo con la del 348 C.C., ESCRIBANO, La propiedad y el artículo 348 del Código civil español, en "R.D.P. III, 1916 pg. 64".

(2) S. ROMAN, Estudios de Derecho civil, 2ª ed. tomo III, pag. 92 ss.

servirse de la cosa según le agrade, sino que también puede privarse de ella, ya cediéndola a título gratuito a otro, ya transformando su valor representativo, por cesión de la misma a título oneroso, ya destruyéndola (en ciertas condiciones) ya, en fin, abandonándola (1).

En todos ellos aletea la idea de que en la propiedad están contenidas una serie de facultades, cuya integración constituye la esencia del dominio; *ius utendi*, *fructuendi*, *possidendi*, *vindicandi*, *alienandi*, *abutiendi*, etc.

En segundo lugar les llevará al planteamiento de cuál sea de, entre las facultades, aquella diferencial cuya negación suponga también la de la misma propiedad. Cuestión antigua, por lo demás, ya que desde Aristóteles, para quien era la facultad de enajenar, Grocio -quien la centró en el *vindicandi*- hasta Carnelutti -por citar uno de los contemporáneos- que la cifra en el "disponer para gozar" viene intentándose. Cuestión, por tanto, no resuelta mas tampoco resoluble ya que, estimamos, es erróneo su mismo planteamiento.

La crítica, casi tan tradicional como las mismas definiciones, se centra en general en torno a estos argumentos; cualquier intento de definición de propiedad por sus facultades está abocado al fracaso ya que, es difícil enumerarlas todas, y la enunciación de las facultades siempre será incompleta; la propiedad consiste en un poder unita-

(1) MANRESA, Comentarios al C.C. español, 3ª ed. tomo III, Madrid 1910, pag. 139 ss.

rio del que son manifestación las facultades.

2) Concepciones ontológicas. La propiedad como soberanía.

No es posible, por tanto, determinar positivamente el contenido puesto que el propietario puede hacer todo lo que no esté prohibido. Precisamente, dice BIONDI, en esto se diferencia la propiedad de los demás derechos: mientras todo derecho atribuye al titular facultades singulares y concretas, la propiedad importa un poder pleno de hacer todo aquello que no está prohibido (1).

De aquí tomarán su punto de partida las llamadas posiciones abstractas del derecho de propiedad. Ya no se trata de ver cuáles son las facultades inherentes al dominio, sino la causa de las mismas. La propiedad se concibe, entonces, como el señorío virtualmente universal. Se ha producido un cambio de plano, o, mejor, un paso del plano teleológico al plano ontológico.

El cambio se ha ido operando de una manera lenta a través de las críticas a que, de modo sistemático, la anterior construcción ha sido sometida.

En efecto, se pueden indicar las facultades concretas que corresponden al propietario en virtud de la propiedad, por ejemplo la facultad de usar, de servirse de la cosa, de excluir a todo tercero, de determinar el destino jurídico... Mas no por ello se puede concluir que la propiedad

(1) BIONDI, Institutioni di Diritto Romano, 3ª ed. Milano 1956, pag. 223 ss.

consista en una suma de facultades, ni que sea un conjunto de facultades singulares. La propiedad es la plenitud del derecho sobre la cosa y las facultades concretas no son sino la extrinsecación y manifestación de esta plenitud (1).

De nuevo con la vista puesta en el concepto romano, se hace ahora objeto de especial atención la fórmula que designa a la propiedad como "plena in re potestas" (2) en la cual se va a centrar la noción de señorío.

Desde esta dirección se define la propiedad como "señorío general e independiente de la persona sobre la cosa" (3). Explicando su definición, FILOMUSI-GUELFI afirma que se trata de un señorío general porque las facultades del propietario son positivamente indeterminadas y vienen sólo a determinarse negativamente dentro de los límites impuestos ya en interés público ya en interés privado.

BIONDI, más recientemente, estima que este tipo de definiciones se acercan más al Derecho romano que las anteriores. El propone la siguiente "propiedad es el señorío jurídico, general y potencialmente absoluto, de una persona sobre una cosa corporal" (4). La propiedad, dice, se

(1) WINDSCHEID, Diritto delle Pandette, trad. y notas PALLA y BENSA, Vol. I, Torino 1925 pag. 591 ss.

(2) Instituta, libro II-4-4.

(3) FILOMUSI-GUELFI, Institutioni di Diritto Civile, pag. 93. (Explicaciones de Catedra, edición multicoopiada sin año).

(4) BIONDI, ob. cit., pag. 221.

presenta a los romanos como uná señoría, según resulta de la misma denominación técnica dominium, entendida como poder directo e inmediato sobre la cosa. A esta señoría la califica de jurídica no en el sentido de que sea reconocida como tal por el Derecho, sino en el sentido de ser señorío ideal, en cuanto puede prescindir de la relación de hecho con la cosa.

Este poder es un poder de la voluntad. Ligado al concepto de señorío está el de sujeción total a la voluntad; la voluntad del propietario es decisiva para todo lo que se refiera al destino material y jurídico de la cosa. La propiedad es un derecho "eminente" sobre la cosa (Bonfante); el derecho sobre la destinación de la cosa, de ser puesta como simple objeto a la voluntad jurídica (Girtoner). Propietario es, en suma, aquel que con el poder de su voluntad determina el destino de la cosa.

3) La propiedad como relación jurídica, La noción de pertenencia.

De la consideración de la potestad sobre la cosa conferida al titular (dominium), se pasará a poner en primer término la relación de pertenencia de la cosa a la persona (propietas). Su concepto⁸⁸ extrae, también, de una fórmula romana, la de la legis actio sacramentum el "neum esse aio". La cosa es, en cierto modo, una parte de mi personalidad, un ego prolongado.

De aquí la definición de HRINZ "propiedad de la unión jurídica de una cosa corporal con una persona".

Se ha planteado la cuestión, expresa SCIALOJA, de si

la propiedad es o no un derecho. Se dice que la propiedad no es ya un solo derecho, sino una serie de derechos, de modo que cuando se hace valer la propiedad, se hace valer no la propiedad como tal, sino sus consecuencias de donde, mas bien, es causa de derecho que no derecho de por sí. Mas todo estriba, dice, en lo que se entiende por la palabra "derecho". Lo que no puede negarse es que la propiedad es siempre una relación jurídica, una relación de derecho privado (1).

También FERRARA la analiza desde la vertiente de la relación real, en las que el orden jurídico asigna al titular una esfera de poder respecto a un bien determinado, al cual poder corresponde un deber de exclusión por parte de los demás, si bien el contenido primario está constituido por el inmediato señorío sobre una cosa. Pero en todo caso se trata de una relación compleja, total, provista de consecuencias jurídicas que se pueden ser no sólo derechos subjetivos o posibilidad de producirlos en el futuro sino también efectos de otro orden (2).

Se pone de relieve que el elemento característico de la propiedad está en la pertenencia que es un "vínculo jurídico, individual, por el que una cosa se considera como perteneciente a una persona y entra en la esfera de acción

(1) SCIALOJA, *op. cit.*, pág. 302

(2) FERRARA, Trattato di Diritto civile italiano, 1921, pag. 298 ss.

de esta persona" (1).

Nuestros tratadistas suelen recoger, también, la distinción entre relación de pertenencia y derecho de propiedad. Así SCAEVOLA estudia el derecho de propiedad desde la vertiente de la relación y examina su recíproca interdependencia. La relación jurídica entre sujeto y objeto, cuyo contenido forma el derecho de propiedad, aparece garantida por éste, dando al propietario los medios de disfrutar y utilizar las diversas facultades que en aquel se comprenden (2). Más recientemente PUIG BRUTAU, estudia el derecho de propiedad como manifestación del concepto más genérico de la relación jurídica (3).

(1) SCIALOJA, ob. cit., pág. 269. Con ambos elementos, señorío-pertenencia, de la definición que ha servido de módulo a las más recientes. Propiedad es una relación de derecho privado por la que una cosa, como perteneciente a una persona, está completamente sujeta a la voluntad de ésta en todo lo que no esté prohibido por el derecho público o por la concurrencia del derecho de otro. Entre nosotros le siguen VILLAVICENCIO para quien el derecho de propiedad es un poder confiado a una persona sobre un bien, que, perteneciéndole de esta manera (por la atribución de poder, generadora de todo derecho subjetivo), está sujeta a su voluntad de decisión dentro del orden jurídico (ambito de lo lícito). Vide, VILLAVICENCIO, La facultad de disposición, "A.D.C. III, IV, 1950, pág. 1037".

(2) SCAEVOLA, Código Civil, 3ª ed. Madrid 1895, tomo VI, pág. 208 ss. Vide también MARRESA, Comentarios al Código civil español, 3ª ed. tomo III, pág. 137 ss.

(3) Vide, PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, tomo III, Barcelona 1953, pág. 152.

Y este parece ser el criterio imperante en la doctrina moderna. En defensa de esta construcción ha hecho un ensayo valioso -si bien no exento de errores- CICALA (1). Según él la construcción del derecho de propiedad como relación real sólo se puede iniciar desde la concepción de la propiedad como pertenencia, única base que hace posible hablar de relación jurídica entre persona y cosa.

De la realidad económico-social -arguye- surge la "fatispecie" concreta la cual determina la aplicabilidad de las normas relativas establecidas en abstracto por el ordenamiento jurídico. La fatispecie es la causa próxima, la norma la causa remota del derecho del propietario, la una y la otra se fundan idealmente en la relación jurídica (relación subsistente entre persona y cosa).

El mérito de esta tesis hay que verlo en el replanteamiento de la relación como base para lograr una más perfecta caracterización de la propiedad, sin embargo, es preciso hacer constar que en ella se ofrecen muchos errores. En efecto, para subrayar los de mayor importancia, confunde la relación real con la situación personal de titularidad e identifica el objeto de la relación con el contenido. Por otra parte es difícil concebir una relación entre el sujeto y las normas del Derecho objetivo, que es uno de los puntos cruciales de su tesis. Del mismo modo resulta extraño admitir que exista un poder posi-

(1) Vide CICALA, Il rapporto giuridico, 4ª ed. Milano 1959, pag. 508 ss.

tivo, aunque no se manifieste, sobre los consociados o terceros además del deber general negativo de abstención (1).

No obstante creemos acertado el hablar de relación. En todo caso la propiedad como derecho subjetivo que es, presupone una relación jurídica. Dentro de la relación real de propiedad, cobran vigor, unidad y sentido los diversos poderes, facultades, deberes. En ella el titular (dominus) domina con el despliegue de su personalidad el destino mismo del elemento material; la cosa (sustancia-valor) dentro de la relación a quien sirve de objeto. Mas, también, dentro de ella operan directamente los prin-

-
- (1) Las conclusiones a que llega son, en síntesis, las siguientes:
- a) El derecho de propiedad constituye el contenido de la relación de dominio.
 - b) El objeto del derecho de propiedad es la pretensión abstracta concedida por el ordenamiento jurídico, que radica en el poder sobre los consociados, aunque se manifieste en el lado negativo: deber de abstenerse. Tal poder se manifiesta exteriormente a todos con independencia de una declaración de voluntad.
 - c) Se trata de una pretensión con los caracteres siguientes:
 - 1) por su fuente: pretensión absoluta, en el sentido de erga omnes, de derecho privado.
 - 2) respecto de su contenido - pretensión de derecho privado
 - 3) respecto al fin económico-social - una pretensión patrimonial.
 - d) El contenido del derecho de propiedad respecto del sujeto a quien compete está constituido por todas las facultades abstractas, indeterminadas e indeterminables a priori que el sujeto afirma como pertenecientes a él con la pretensión que le incumbe frente a todos y cuya extensión dependerá de los límites trazados por el ordenamiento jurídico. Las normas con las que el sujeto está en relación regulan el máximo grado de actividad jurídicamente posible del individuo sobre la cosa corporal.

cipios y la causa de la relación según la especial naturaleza de los bienes, sirviendo de fundamento para determinar el alcance y límite del poder. El ordenamiento jurídico impone deberes y canaliza el ejercicio de las facultades teniendo en cuenta, junto con la utilidad del dueño la función social (precisamente por esto es una función jurídica) que la propiedad está llamada a cumplir.

Por virtud de la causa el poder encuentra límites, y presupone ciertas obligaciones positivas o negativas de acuerdo con lo que se ha llamado función de impulso y función límite de la causa.

4) La propiedad como capital. Concepción económica de la propiedad.

Mas el imperioso avance de lo económico dentro del radio de acción del Derecho, hace que hoy, en la noción jurídica de la propiedad se haya de hacer referencia al aspecto económico.

En efecto, dentro de la realidad social, se manifiestan unidas las esferas económica y jurídica. La materia económica reclama del Derecho la imposición de una forma jurídica, y, a la inversa, el Derecho debe tener en cuenta en su misión conformadora cuanto de algún modo está integrando la material social.

Así se puede decir que cuando el objeto de una relación real sea un "bien productivo" el ejercicio jurídico

implica explotación (en sentido económico). Mas la explotación, hecha de modo conveniente y según los cauces del derecho, es, a su vez, una noción jurídica. La explotación puede ser la causa de las relaciones reales sobre bienes productivos. Esta misma explotación satisface la función social del derecho de propiedad que, de este modo, es tanto función social como jurídico-económica.

Esto permite el que se pueda hablar hoy de una evolución de la propiedad hacia la noción de capital y que se anuncie, como lo hace WALINE, que la noción de propiedad tenderá a ser absorbida por la de capital (1).

Por lo mismo, MESSINEO considera a la propiedad desde el punto de vista económico-social como la estabilidad o consolidación de la posesión exclusiva de los bienes, que es el poder de hecho, transformado en poder jurídico. Es, dice, lo que considerado en relación al fenómeno de la producción de la riqueza los economistas llaman "capital". La propiedad es el equivalente jurídico del concepto económico de capital (2). Y en consecuencia las facultades de goce y disposición el equivalente de los valores en renta y en venta.

(1) WALINE, L'individualisme et le Droit. 2^e ed. París 1949 pg. 348.

(2) MESSINEO, Manuale di Diritto civile e commerciale, Milano 1952, v. 2, 1, pag. 230 ss.

Lo cual no supone tanto la novedad de una concepción como de un replanteamiento de otras anteriores, más en armonía con una visión realista del Derecho.

En efecto, la idea está ya apuntada en nuestra más vieja doctrina. Así DE DIEGO para quien aquella relación económica en que consiste la propiedad, cuando es sancionada protegida y disciplinada por el Derecho forma el derecho de propiedad (1). Con este criterio se analizan las facultades, BENITO GUTIERREZ explicando la noción del "abutere" considera que la palabra ab-usus está empleada en oposición a la de uso, para expresar el aprovechamiento que hace el dueño de sus cosas "realizando de una vez todo su valor, cuando no puede aguardar los rendimientos naturales y la necesidad le obliga a capitalizarlos, vendiéndola" (2). Del mismo modo SCAEVOLA cuando sostiene que la propiedad por sí sola es un fenómeno que cae directamente bajo el imperio de la economía y que lo que la ciencia jurídica examina es el derecho de propiedad, es decir "aquella misma propiedad dando lugar a efectos jurídicos, produciendo en el dueño la facultad de usarla..., de disfrutarla etc. a cuyo fin se otorgan al pro-

(1) CLEMENTE DE DIEGO, Instituciones de Derecho Civil español, Madrid 1929, pag. 299.

(2) BENITO GUTIERREZ, ob. cit., pág. 80.

pietario acciones... He aquí, dice, precisamente la línea divisoria que separa la ciencia económica de la jurídica y en ella está al mismo tiempo, el punto de analogía y de estrecha alianza que aquellas nos presentan (1).

Por otro lado las concepciones de la propiedad desde la vertiente económica han venido a dar relieve a las viejas definiciones de la propiedad en su aspecto teleológico. WAGNER vg. concibe las facultades como partes constitutivas económico, social y jurídicamente del contenido del derecho de propiedad (2).

Mas en todo caso es preciso tener en cuenta que no es el goce económico quien determina la estructura jurídica de la propiedad sino al revés. El goce es jurídico cuando guarda relación con el ejercicio de un determinado poder (3). Y es que, en efecto, el simple goce económico de la riqueza es jurídicamente irrelevante. Sin embargo la utilización económica hace con frecuencia referencia directa al ejercicio del derecho; imponiendo

(1) SCAEVOLA, ob. cit., pág. 201.

(2) ADOLFO WAGNER, Grundlegung der politischen Oekonomie, I, II, pág. 255. Vide cit. CICALA ob. cit., 507.

(3) Vide MAIORCA, Proprietà e antigiuridicità, "en Riv. dir. civ. 1ª época, XXXIII, 1941 pg. II."

vg. límites -de hecho- al poder. Así los poderes del propietario no van más allá de la posibilidad de utilización económica vg. propiedad vertical. Desde el punto de vista positivo esto permite que se pueda hablar de unidad del concepto de dominio (titularidad de la estructura jurídica de la propiedad) y al mismo tiempo de variedad de propiedades. Las diversas figuras de propiedad tiene cada una su propia característica y contenido, dependiendo sus diferencias del diverso contenido económico-social y no ya de su estructura jurídica (1).

(1) Vide de MARTINO, Della proprietà, libro III, 2ª ed. Comentario de Scialoja y Branca, Bologna, Roma 1959, pág. 883.

II.- La distinción entre los derechos reales y de crédito

1) Posiciones mantenidas por la doctrina respecto de la distinción entre los derechos reales y de crédito.

Los derechos reales juntamente con los derechos de obligaciones o de crédito componen el sector más importante, dentro de la esfera jurídica de la persona, de los derechos patrimoniales. Todos ellos tienen como nota común la de ser susceptibles de evaluación pecuniaria; de un valor en el mercado (1).

La problemática se plantea en el momento de la distinción; a la hora de perfilar los principios esenciales que permitan encasillar a los derechos en una u otra categoría.

(1) También los derechos hereditarios integran el haber patrimonial, si bien la patrimonialidad no es nota exclusiva ni excluyente. Vide BARASSI, Diritto reale e possesso, Milano 1952, p. 30 ss.

(2) Algunos derechos reales, no son estrictamente patrimoniales. Así los que Bonelli denomina subjetivamente patrimoniales en cuanto están fuera del patrimonio objetivo y son atraídos en función de la persona, vg. uso habitación. FERRARA, Il rapporto di "inerenza" dei diritti alla persona, en Riv. dir. civ. 1ª ep. LXX 1937, p. 349.

Aunque no juzgamos necesario el hacer un examen exhaustivo de las posiciones mantenidas al respecto, sí nos parece oportuno hacer, siquiera sea, una breve sinopsis de referencia al estado de la doctrina.

En general pueden encuadrarse en una de estas tres direcciones principales; la teoría clásica o dualista, obligacionista o monista y la que pudiéramos llamar ecléctica o sincretista.

Es cierta, y por tanto merece subrayarse, la apreciación de ALGUER de que no se trata de una simple cuestión técnica de clasificación, sino de algo más amplio "se trata nada menos que de establecer una consecuencia del concepto que se tenga del derecho como norma y como facultad (1).

Las líneas fundamentales de diferenciación que apunta la teoría clásica se basan en los elementos componentes del derecho y en su dinámica funcional. En la anatomía y fisiología del derecho.

La doctrina clásica contrapone ambos tipos de derechos, extrayendo los elementos esenciales de cada uno de ellos y sirviéndose del método comparativo; se procede para ello, por vía de minucioso análisis a la recomposi-

(1) Vide ALGUER: Ensayos varios sobre temas fundamentales de Derecho Civil, "R.J.C. XXXVII, 1931 pág. 36".

ción del derecho desde sus partes integrantes: estructura: sujeto, objeto contenido; desarrollo: nacimiento; ejercicio, acción, extinción, etc. Estos determinan sus caracteres: inmediatitud, susceptibilidad de ejercicio continuado, susceptibilidad de posesión.

La teoría obligacionista niega la distinción sobre la base de la unidad; no hay mas que una sola clase de derechos, los obligacionales. El derecho real es una obligación general negativa con sujeto pasivo indeterminado; sujeto pasivo que no aparece a primera vista, "permanece a lo lejos y en la penumbra: se llama todo el mundo".

El sujeto pasivo del derecho real aparece cuando aquel es violado; entonces, el lazo obligatorio que engloba a todo el mundo menos al titular del derecho, se hace visible. Del mismo modo por la violación el deber se particulariza, siendo por tanto una diferencia de extensión, no de cualidad.

El derecho que corre entre el titular y los demás hombres tiene por contenido no ser turbado en el libre desarrollo de su propia actividad respecto de una cosa determinada. Del comportamiento sobre un bien se reserva el "monopolio" al titular; los demás deben abstenerse de invadir aquella esfera jurídica. Es precisamente de esta exclusión de todos respecto a un bien determinado de donde resulta, naturalmente, el poder exclusivo de

uno (1).

Con arreglo a esta posición la "realidad" de la hipoteca consiste no tanto en la posibilidad de hacer vender la cosa vinculada o promover la expropiación, que es un hecho preparatorio para la aprehensión del valor, como en la consecución de este valor con exclusión de todos. Los derechos de garantía importan un deber general de respeto por la detracción y sujeción en beneficio del titular del valor de la cosa dada en prenda o en hipoteca. Al acreedor le es reservado el poder, consumada la enajenación de la cosa, a instancia suya o de un tercero, de satisfacer realmente el valor, esto es de utilizar el objeto, apropiándose del precio de la cosa hasta la concurrencia del crédito frente y con exclusión de todos.

La tercera posición, sin negar la distinción, establece la posibilidad de señalar normales líneas de determinación. "Los derechos reales y los derechos de crédito son distintos, aunque distinguirlos no quiera decir que no tengan puntos de comunicación. Es imposible señalar líneas rigurosamente auténticas, tajantes, pero sí es perfectamente posible señalar normales líneas de determinación. "Mantenemos, pues, una postura que significa recoger lo esencialmente afirmado por la concepción obliga-

(1) FERRARA ob. cit. pág. 302. Vide también pág. 365.

cionista pero tratando de conjugar sus afirmaciones sin incurrir en radicales unilateralismos" (1).

Esta posición, desde importante obra de RIGAUD, (2) es la que ha adquirido mayor preponderancia y a ella, si bien con distintas formulaciones se ha adherido casi en su totalidad la doctrina moderna.

2) Valoración y sentido de la distinción.-

Las dos posiciones extremas (clásica y obligacionista), como todo lo que se presenta con visos de riguroso dogmatismo en el Derecho, son, aisladamente, insostenibles.

La doctrina clásica constituye conceptualmente unos esquemas, compartimentos estancos en los que no pueden encajarse todas las situaciones que integran la realidad social. La riqueza de la vida con todas sus exigencias desborda lo inerte de los conceptos; cuando estos no sirven ya para aplicarse a la realidad social de que han sido abstraídos pierden su valor. A la construcción, dice VALLET, sólo puede concederse un valor de ordenación, de clasificación, incluso de explicación, a la que no debe supeditarse la solución justa y teleológica del problema

(1) HERNANDEZ GIL. Explicaciones de Cátedra, curso 1952-1953.

(2) RIGAUD. El Derecho Real. Trad. española, 1929.

en cuestión.

En la posible antinomia entre la solución o resultado de una construcción lógica y técnica y la que impone la realidad moral, social o económica no hay duda en que debe elegirse ésta, tanto más cuanto que hoy están en franca revisión casi todos los conceptos dogmáticos (1).

Otro de los defectos, más comunmente señalados, a la doctrina clásica ha sido el tomar como presupuesto estructural de todos los derechos reales a los elementos que acompañan normalmente a los derechos reales de goce, Y sin embargo, ha defendido la realidad de la hipoteca a pesar de que faltan, se dice, el poder material inmediato sobre la cosa y la susceptibilidad de ejercicio continuado; de que está excluido de la posesión el acreedor y no es susceptible de adquisición por usucapión, caracteres todos básicos, según esta teoría, de diferenciación.

De la misma manera la teoría obligacionista, con un empirismo simplista rechaza, de antemano, la conveniencia y justificación práctica de dar un trato diferente a situaciones jurídicas diversas. Su concepción es estrictamente formal y desprovista de contenido ju-

(1) VALLET de Goytisolo. Derechos reales. Curso de Conferencias pronunciadas en el Curso de Derecho Privado de la universidad de verano de Santander 3 al 8 de Septiembre 1951. VI ref. en A.D.C. V, II, 1952 pg. 675.

rídico. La misma noción de la obligación general negativa de abstención, además de ser patrimonio común a toda situación jurídica, no es, paradójicamente, obligación, (1) en contra de lo que con tono de alta estilística literaria alguno de sus mantenedores estima: "una obligación por mucho que brille a lo lejos siempre es una obligación". El sujeto pasivo indeterminado, dice G. PALOMINO, es la trampa del juego de prestidigitación, el fórceps del nacimiento del concepto de derecho subjetivo, un concepto apriorístico, un mesquino artificio dialéctico. La única verdad que expresa es la de que todos estamos obligados a respetar las leyes y que los derechos subjetivos nacen en el seno de las leyes (2). Y la obligación general que todos tenemos de respetar el derecho ajeno no puede tomarse, sin transtornar el sentido jurídico de las palabras, como una prestación (3).

Por otra parte la violación como elemento determinante de la particularización del derecho es también censurable. No conviene caracterizar un derecho por los conflic-

(1) Como toda situación jurídica creada por el Derecho, la existencia misma del derecho subjetivo hace nacer en su favor un deber general de respeto.

(2) Vide GONZALEZ PALOMINO. Adjudicación en pago de deudas. "Anales de la Academia Matritense del Notariado", año 1945, pag. 241".

(3) Vide FALCON. Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral, 5ª ed. Tomo III. Barcelona, 1897 pag. 19.

tos a que eventualmente puede dar lugar: debe ser calificado por una actitud, no por una eventualidad. (1)

La tercera posición tiene en cuenta para la caracterización de los derechos reales y su diferenciación de los obligaciones dos elementos: poder y deber, que se corresponden respectivamente al lado interno y externo del derecho; en el primero se manifiesta concordancia con la doctrina clásica, señorío sobre la cosa o inmediatidad y coincide con la doctrina obligacionista en la absolutividad o despliegue del elemento externo. El elemento interno es específico y variable; sobre él se matizan las diversas figuras de derechos reales. El elemento externo es una categoría jurídica unitaria; es precisamente el aglutinante, el que determina la unidad dentro de la diversidad existente del Derecho real.

Esta posición tiene en cuenta los dos elementos centrales del derecho subjetivo: el interés y la protección; el licere y la protectio, que son el lado interno y externo de cada derecho. Pero, es preciso tener muy presente: que interés y protección son caracteres comunes generales y constantes de ambos derechos (reales y crédito) (2). Que la protección del interés no es

(1) Vide IOSSERAND, Derecho Civil, Tomo I. vol. 3. Buenos Aires 1950. pag. 17 ss.

(2) Vide FEDERICO DE CASTRO, Derecho Civil de España, Parte General, I, Madrid 1955 pp. 638 y 590. Vide también GONZALEZ PALOMINO, ob. cit. pp. 242.

sólo la que deriva de la acción posesal (por no querer ver mas que ésto, advierte PALOMINO, se dejan de ver muchas zonas vivas de eficacia jurídica); y que todos los derechos absolutos suponen la concesión de un poder inmediato sobre un objeto, que queda por ello jurídicamente vinculado al sujeto. Precisamente para mantener esta situación el derecho crea la obligación general del respeto.

Todo lo cual no nos debe llevar a negar la distinción y a manifestar, como lo viene haciendo un buen sector de la doctrina, escepticismo respecto de su utilidad. La relatividad del concepto del derecho real es simple expresión de la relatividad de todo concepto jurídico. Lo contrario supondría perder de vista el carácter fundamentalmente instrumental y técnico del derecho subjetivo.

3) Relación real y derecho real. Concurrencia de los derechos.

Teniendo a la vista solamente el derecho, inevitablemente se observa el extenso número de excepciones a los principios sentados como básicos que, justificadamente, hacen dudar de la regla general.

Se hace, por ello, necesario separar dentro de cada tipo de derecho los elementos "esenciales" que no pueden faltar y los elementos "extrínsecos" cuya presencia no es en todo caso necesaria. El problema, entonces, se desvía mas la oscuridad del caso sigue en pie. Se trata

ahora de determinar cuales son los requisitos cuya existencia es siempre exigida para su encuadramiento en una u otra categoría (1). Y después de obtenidos se observa, en su cotejo con la realidad, que idénticos principios señalados como esenciales informan a derechos de naturaleza distinta (2). La posición del arrendador vg. puede aproximarse e incluso identificarse con la del nudo propietario si sus obligaciones estatutarias han sido modificadas convencionalmente. La autonomía de la voluntad es quien decide en el título constitutivo la forma del derecho real, e incluso su contenido, siendo posible la coincidencia de dos

(1) RIGAUD, considera extrínseco a la acción, COVIELLO, al ejercicio del poder "Para que haya derecho real es necesario y suficiente que se tenga el poder inmediato de la cosa, sin que para el ejercicio de tal poder se requiera la prestación de actividad de otro, como sucede en la obligación. El acreedor hipotecario no necesita, dice, de la cooperación del deudor para ejercitar su derecho que se concreta en la "persecutio rei erga omnes". Para él, por tanto, la acción es elemento esencial que determina la realidad de la hipoteca aun siendo diferente en contenido al usufructo y servidumbre. Vide COVIELLO; L'ipoteca e un diritto reale, en "Riv. dir. civ. 1ª época, XXVIII, 1936 pg. 2".

(2) JOSE MARIA BLOCH: Arrendamiento de inmuebles "R.C.D.I. 1948, núm. 243-244, pag. 481 ss", donde expone las analogías y diferencias con otros derechos reales; usufructo, censo. Sobre la analogía entre el arrendamiento y el usufructo. Vide también VALLET: La hipoteca del Derecho arrendaticio. Madrid 1951. En esta obra pone de relieve las figuras borrosas que no encajan de lleno en ninguno de los esquemas preconstituidos.

derechos distintos. Por esto, NUÑEZ LAGOS (1) puede decir que los derechos reales no son sólidos, acuñados, sino mas bien líquidos, que adoptan la forma del envase o título que los contiene. Y, con una perspectiva realista, es a todas luces evidente que el derecho real nace y vive mezclado o en dependencia con las obligaciones.

Creo que sería más fructífero girar el ángulo de visión para enfocar más de cerca la realidad actuante. En la realidad, materia social, conformadora y conformada por el Derecho, los derechos subjetivos son instrumentos del pensar y de la técnica jurídica (2). Esta realidad social se manifiesta ante el Derecho en la relación jurídica que, en definitiva, no es otra cosa que una "cala", una sección de la realidad social.

Para ello se hace preciso distinguir, previamente, derecho subjetivo y relación. Que son dos cuestiones diversas se pone de manifiesto al comprobar que sobre una misma relación pueden concurrir derechos distintos y por ende de naturaleza también distinta. Por otra parte son diversos los hechos que producen el nacimiento, la modificación o extinción de una u otros.

(1) NUÑEZ LAGOS: El Registro de la propiedad español. "R.C.D.I. 1949, n.º 251, pag. 147 s.s."

(2) FEDERICO DE CASTRO. Derecho Civil de España, ob. cit. pag. 610 ss.

Como argumento lógico podemos esgrimir el siguiente: Si relación y derecho son distintos, su identificación llevará, por ser erróneo el punto de partida, a conclusiones falsas. Argumento que es perfectamente demostrable.

La teoría clásica o dualista, identifica relación real, -relación directa del hombre con la cosa- y derecho real, equivalente, según esta construcción, a derecho inmediato "en" la cosa. Ambos coinciden en el poder inmediato de una persona sobre una cosa corporal, centrando por tanto en el poder la esencia, tanto del derecho como de la relación. El error es comúnmente señalado: hacen gravitar sobre uno solo de los lados de la relación todo el contenido de la misma.

Por su parte la doctrina obligacionista identifica también derecho y relación (1). El problema de si caben o no relaciones entre persona y cosa que, en sentido filosófico, resolvió KANT negativamente ha traído consigo abundantes confusiones. Una de ellas ha sido el dar origen a la teoría de la obligación pasiva universal. El

(1) Si relación jurídica la hacemos, como la teoría obligacionista, equivalente a obligación, es justo el reproche de HAURIOU para quien todo el Derecho no puede reducirse a la relación jurídica. Así el derecho real dice "no se explica por el Derecho de Crédito" precisa remontar la pendiente que lleva a nuestros contemporáneos a ver en todas partes relaciones jurídicas, sobre ello rechaza la concepción monista. Vide HAURIOU, Principios de Derecho Público, pag. 70.

error, más que en la concepción está en el mismo planteamiento. En líneas generales se ha planteado así ¿es posible una relación entre persona y cosa, siendo así que toda relación jurídica impone o lleva consigo poderes y deberes? Consecuentemente se opta por la negativa; lo contrario nos llevaría a la conclusión de que una cosa fuere deudora y, por tanto responsable, lo que no tiene sentido. Solamente las personas pueden ser, al menos en la mentalidad moderna, deudoras o responsables. Por ello el deber es el concepto central no solo de la relación sino de todo ordenamiento.

Para salir al paso se arbitra una posible, aunque errónea solución. Dado que en la realidad se dan relaciones proyectando sobre cosas, la exigencia social se cumple buscando un término de la relación que no sea la cosa sino la persona. El sujeto pasivo es, se dice entonces, la colectividad, y el engranaje de la relación se monta sobre la base de dos términos personales, activo y pasivo. Como el sujeto es la colectividad, el deber que entraña la relación es universal, general, negativo. Con lo cual además de no resolver la dificultad filosófica, ya que si no cabe, en términos filosóficos, una relación entre persona y cosa, con mayor motivo será imposible basarla en la relación entre una persona y un ente de razón, (1), se introduce en el campo jurídico una obliga-

(1) La dificultad de conexionar un término abstracto y un término concreto les llevó a la necesidad de centrar en la violación la concreción del sujeto pasivo.

ción vacía de contenido, y, por ello, una mera abstracción conceptual-concepto de conceptos--si no se concibe como efecto reflejo común a todo tipo de relaciones jurídicas.

En esta construcción se manifiestan claramente los errores de la identificación.

Se identifican derecho y relación desde que se considera que relación es el vínculo creador de un deber y un correlativo poder.

En definitiva supone olvidar que una norma jurídica, con expresión de FEDERICO DE CASTRO, puede crear una comunidad de deberes o una conjunción de derechos, en la que las facultades o limitaciones no son correlativas sino derivadas directamente de la regla que las organiza. (1).

Efectivamente, el contenido de la relación no es exclusivamente un poder y un deber, sean o no correlativos, sino diversas situaciones jurídicas que de ella dimanen y que tienen en ella su centro de referencia. Dentro de la organización unitaria de la relación concurren los más diversos derechos y facultades, poderes y deberes..., Por tanto la relación básica los antecede lógicamente y ontológicamente por lo que prevalece sobre ellos. Dentro de ella se organizan, su función es por

(1) FEDERICO DE CASTRO, ob. cit. pág. 621 s.s.

tanto instrumental, para el logro de su específica finalidad. Lo que supone tomar como punto de partida la misma realidad social y el ordenamiento jurídico en su misión conformadora.

Esto explica cómo la obligación impuesta a un sujeto no puede ser configurada sobre la base de su correspondencia con la pretensión de otro sujeto, sino que su fundamento ha de hallarse de modo inmediato en la objetividad del ordenamiento jurídico y que la conexión entre el derecho de un sujeto y el derecho de otro sujeto requiera la imposición también por parte del ordenamiento jurídico, de diversas obligaciones a los sujetos (1).

La distinción entre la relación base y el derecho subjetivo es imprescindible, porque relaciones jurídicas de las más diversas clases crean iguales tipos de derechos (reales, obligacionales). Pero, a la vez, no debe olvidarse que la relación jurídica, según los casos influye más o menos en la naturaleza de los derechos subjetivos mientras formen parte de su contenido (2).

(1) LUIGI BAGOLINI define así la relación jurídica "conexión entre el derecho de un sujeto y el derecho de otro sujeto, hecha posible mediante la imposición por parte del ordenamiento jurídico de diversas obligaciones a los sujetos. VI. Notas acerca de la relación jurídica, en, A.D.C. III, I. 1950 pág. 13.

(2) FEDERICO DE CASTRO, ob. cit. pág. 624 s.s.

Por consiguiente, sobre la relación jurídica principal que les sirve de soporte, y para el logro de cuya finalidad se exigen y limitan recíprocamente, pueden concurrir derechos distintos, y relacionarse más restringidas (1). El que sean distintos no quiere decir que gocen de autonomía; es necesaria su interacción conjunta o su interdependencia, y ninguno se puede explicar con absoluta independencia de los demás ya que deriva de la unidad organizada del conjunto su justificación y su razón de ser.

Pongamos por caso el de la obligación "propter rem". La obligación "propter rem" no tiene sustantividad propia, por lo que carece, en primer término, de sentido, plantearse el problema de su naturaleza como institución autónoma (2). Se dan, en segundo lugar, idénticas obligaciones propter rem dentro de distintas relaciones vg. arrendamiento (obligación de mejorar) y en el usufructo. La obligación propter rem es, en todo caso, un medio normativo de evitar posibles conflictos de derechos concurrentes sobre una misma relación real; usu-

(1) Propiedad y usufructo no son dos momentos sucesivos de un mismo derecho, ni tampoco dos "pedazos" de un dominio desmembrado. Coexisten dos derechos distintos e independientes en el plano real, dotado cada uno de ellos de un régimen y vida propios, siquiera uno y otro se limitan entre sí recíprocamente. COSSIO, La nuda propiedad. "A.D.C. IX, III, 1936, pq. 731".

(2) Vide sobre esta cuestión, derecho real "in faciendo" y de la obligación "propter rem". OSSORIO MORALES; Las servidumbres "in faciendo" en Derecho español, "R.D.P. N° 249, 1934, pq. 177 ss".

fructuaria, etc. Exige limitarse recíprocamente los derechos, los unos por los otros; asegurar la coexistencia pacífica y el ejercicio simultáneo (1). La obligación es, en suma, el medio objetivo que hace posible la coexistencia y la conexión de los derechos subjetivos.

4) Objeto de las relaciones reales.-

Si la relación jurídica está integrada, enraizada, en la realidad social el objeto de la relación jurídica ha de coincidir con el elemento material obtenido de la vida social (2). El objeto de la relación está constituido por la materia social a que afecta, y, por su inclusión en aquella el objeto del derecho subjetivo, siguiendo al profesor DE CASTRO, es la "realidad social acotada como base de la situación de poder concreto que se ha conferido a su titular" (3). Por esto

(1) Vide ABERKANE: Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français. Paris, 1957.

(2) La relación jurídica, como cualquier fenómeno jurídico, resulta constituida por la síntesis de un elemento material, que se obtiene de la vida social y de un elemento formal que hace la calificación y que deriva únicamente del ordenamiento jurídico. PUGLIATTI: Introducción al estudio de Derecho Civil, 2ª ed. trad. México 1943 pag. 192 s.s.

(3) FEDERICO DE CASTRO, ob. cit. pág. 624 s.s. Vide además pag. 180 s.s.

pueden serlo las más variadas realidades y su determinación ha de ser variable y sujeta a contingencias históricas y sociales.

No se puede, por tanto, proceder "a priori" en la determinación del objeto.

La distinción de GAYO entre cosas corporales e incorporeales (1), es la que ha logrado, sin duda, mayor fortuna.

Esta distinción ha sido, no obstante, objeto de duras críticas: WINDSCHEID, FALDA y BENSA, RUGGIERO, etc. han objetado que no es romana, al menos como GAYO la presenta, ya que no se trataba de una clasificación de cosas sino de los elementos del patrimonio; que, por otra parte, la clasificación carece de utilidad en el Derecho moderno ya que las aplicaciones prácticas que condujeron a los romanos a adoptar esta división han desaparecido (2). Y que carece de sentido por poner de un lado las cosas y de otro los derechos, es decir, dos categorías que no tienen ningún carácter común siendo de naturaleza profundamente diferentes. La oposición que se hace entre los derechos y las cosas no es una

(1) GAYO: Quaedam praeterea res corporales sunt quaedam incorporeales. Corporales haec sunt quae tangi possunt, homo, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporeales sunt, quae tangi non possunt, quaelia sunt ea quae iure consistunt. Inst. II 13 y 14.

(2) Vide VIÑAS MEY. La electricidad como objeto de Derecho. "R.D.P. XII, nº 141, 1925 pag. 180 s.s."

clasificación: es una comparación incoherente (1). Por todas estas razones se la considera actualmente como un marco vacío.

La doctrina clásica estableció como requisito objetivo de los derechos reales la exigencia de una cosa corporal sobre la cual pudiera recaer de modo directo el poder. A pesar de rechazarse por muchos doctrinalmente el criterio de determinación se ha venido considerando que la cosa tiene que ser corporal porque así lo exige la naturaleza de los derechos reales. Las cosas corporales se caracterizan por estas tres notas; tienen entidad material, son perceptibles por nuestros sentidos, ocupan una porción determinada del espacio.

Las crisis de la distinción, el avance experimentado en los estudios económicos y el sensible impacto de la presencia de lo económico en el orden social hizo que los juristas incorporasen al campo del Derecho o perfilaran, mejor, jurídicamente elementos procedentes del campo económico.

Desplazado el centro de gravedad de los derechos reales del poder al deber general por la doctrina obligacionista, la corporabilidad deja de ser elemento esencial; se ofrece la posibilidad de derechos reales sobre bienes inmateriales; que sea material o no, es una cir-

(1) PLANIOL y RIPERT. Traité Pratique de Droit Civil Français, tomo III, Paris 1952, 2ª ed. pg. 61.

cunstancia, una contingencia que no tiene ninguna importancia ya que los derechos reales se resuelven siempre en derechos entre hombres y culminan en la omisión o invasión de una cierta actividad. Basta con que la cosa sea individualmente determinada e incluso con posibles derechos reales sobre bienes futuros.

Progresivamente la clasificación de cosas va perdiendo importancia a medida que la cobra cada vez mayor la noción genérica de bien. Se trata de un nuevo concepto abstraído de la economía, cuya esencia estriba en la utilidad. Al recibirlo el Derecho, lo matiza con estas notas: posibilidad de utilización y sujeción económica y susceptibilidad de apropiación. Es este el criterio del C.C. art. 333 (1).

La noción de utilidad o de interés económico, fértil por lo demás en el campo del Derecho no está exenta de dificultades.

Tal vez la más importante ha sido la de permitir sobre la base de bien la concepción del Derecho como objeto de otro derecho. Tiene así lugar la incorporación en la doctrina del problema de la admisión de derechos sobre derechos. Tema en el que no vamos a entrar por ser

(1) El derecho real, escribe RIGAUD, considerado desde un punto de vista subjetivo y en su lado interno consiste en la atribución a un sujeto de derecho de la utilidad jurídica general o fragmentaria de una cosa, objeto de esta atribución, ob. cit. pag. 244 s.s.

ajeno a nuestro estudio. Pero sí estimamos procedente apuntar nuestro criterio al respecto, o al menos señalar unas advertencias preliminares.

- 1) En sentido técnico jurídico, al menos, un derecho no es cosa, ni siquiera un bien en sí. En definitiva nunca es resultado, sino modo o medio jurídico de alcanzarlo y asegurarlo. Ni siquiera la utilidad posible es objeto del derecho; es límite de su contenido e impulso de su ejercicio.
- 2) Puede admitirse en sentido traslativo, por la simplicidad de su expresión, para indicar la utilidad que la persona consigue de la relación (entidad económica) a quien sirve el derecho al cualificarse jurídicamente aquella entidad económica (1). El objeto es la cosa dentro de una actividad, explotación, destinación, etc. que el derecho ampara y posibilita; vg. la hipoteca del derecho de usufructo no tiene como objeto el derecho de usufructo, no se trata de un derecho sobre otro derecho. Su objeto es la cosa dentro de la relación usufructuaria. No se identifica por tanto con la cosa (que es ajena respecto del

(1) Vide FRANCESCHELLI, L'oggetto del rapporto giuridico. "Rev. Trim. di Diritto e procedura civile. Año nº 1, pag. 33 s.s. Vide además pag. 21 s.s."

usufructuario) ni con los frutos, ni, simplemente con el derecho a percibirlos. Lo cual no es mera disquisición teórica sino que alcanza gran relieve al determinar consecuencias. Más adelante veremos algunas al estudiar la acción de devastación.

Objeto del derecho no se identifica, por tanto, con la cosa ni con ninguna de sus cualidades. Más adelante haremos alusión a un error muy común de considerar que el objeto del derecho real de hipoteca es el valor.

Los derechos reales recaen, efectivamente, sobre cosas y por tanto sobre la utilidad actual y potencial de ellas, pero la cosa no agota el objeto del derecho real, como tampoco la utilidad.

La esencia del objeto de derecho es también, la de ser realidad social acotada; una sección de la realidad social a que, por tanto, serán aplicables las condiciones operantes en la totalidad. En la realidad social, la materia social y la forma jurídica, están entrañablemente unidas como dos términos de relación, cada uno de ellos está implicado en el otro (1).

(1) BUSSE defiende la vuelta a una concepción del inmueble como unidad económica de producción que no puede ser enajenada o explotada, prescindiendo de esta consideración. Vide LACRUZ. Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral. Zaragoza, 1957, pg. 89.

En consecuencia, el objeto del derecho real requiere una entidad material, física, jurídica o económicamente individualizada, y de una causa formal que implica su relevancia jurídica (1).

Una misma finca puede ser el soporte material de dos derechos, vg. usufructo y servidumbre. Ambos tendrán, sin embargo, distinto objeto por ser distinta la causa formal; la cosa en la relación de aprovechamiento, y la cosa en la relación de servicio de otro fundo, respectivamente. Es así como el objeto individualiza los derechos y como sujeto y objeto se implican recíprocamente representando el derecho el medio para la realización de aquel fin que el sujeto se propone. Y todo ello constituyendo una unidad que no es estrictamente estática sino dinámica también, y que da la base de la estabilidad y de la permanencia del derecho (2). Es así como puede entenderse la expresión de la cosa es el término de referencia del derecho, la plataforma sobre la cual el derecho se eleva (3).

(1) FADDA y BENSA definen la cosa como entidad exterior que en la conciencia económico-social es aislada y concebida como objeto autónomo de derecho y notas al WINSCHIED. Diritto delle Pandette, libro III. Vol. 5^a. Torino 1926. pag. 232.

(2) Vide BARASSI "el bien es un todo, una unidad jurídica, que constituye por sí solo el centro autónomo de un complejo de relaciones". Diritto reale e possesso, pag. 149. I, Milano 1952.

(3) FERRARA, Trattato di Diritti civile italiano ob. cit. pg. 441.

Un ejemplo puesto por MAIORCA puede servir para ilustrarlo. "Una garantía gravaría los frutos de una determinada planta, la lana de determinada res y la inscripción del vínculo indicará la planta o animal, no ya como objeto de vínculo, sino como ámbito de referencia para la individualización del objeto de la garantía. El producto, al tener existencia, ya se encontrará vinculado en garantía" (1).

(1) MAIORCA. Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui. Milano 1938 vide pag. 132 y ss.

CAPITULO SEGUNDO

Consideraciones en torno a la naturaleza de la hipoteca

I.- Teorías más importantes

1) Teoría procesalista.

No es necesario hacer una exposición completa de cada una de las modalidades en que se ha presentado esta tesis - por sus impugnadores. La desmedida extensión que representaría la presentación y desarrollo de todos los argumentos aducidos, justifica que en este trabajo tomemos simplemente las líneas generales que son comunes a todos sus mantenedores.

La premisas en que se apoyan los representantes de la teoría son; de una parte, el replanteamiento de instituciones esenciales en el mundo jurídico vg. derecho subjetivo, responsabilidad..., etc. (1) y de otra, la concepción de la hipoteca desde el punto de vista de la realización del valor que

agota el contenido del derecho real de hipoteca en el ius ^{el}persequendi y en ius praelationis.

Fue REDENTI (2) quien primero enunció los presupuestos de la construcción, al configurar la prenda y la hipoteca como títulos especiales de una especial acción ejecutiva sobre determinado bien, al introducir las nociones - "sujeción a la ejecución" y al revisar, base ulterior de - partida, los conceptos Schuld y Haftung.

REDENTI afirma CARNELUTTI, la había instituido ya, pero se había limitado a señalarla con una fórmula no tanto prudente cuanto vaga y dubitativa. Así, no había conseguido mover a los civilistas "sordolientos sobre la mullida almoha- da de la distinción entre derechos reales menores de goce y derechos reales de garantía; ahora en cambio han tenido que abrir los ojos." No hace, dice, de ello un mérito mío; pero, en definitiva, también este es un resultado.

Esta tesis ha sido después desenvuelta por CARNELUTTI

(1) Mentiría, dice CARNELUTTI, si no respondiera ya - desde ahora que la cuestión es ejemplar, a fin de que se mida el diverso nivel a que hoy trabajan, en materia de pureza y de orden de los conceptos la ciencia del derecho procesal y la de derecho privado. "Natura giuridica dell' ipoteca" en "Rivista di diritto processuale civile, 1939, I, pg 3. ss"

(2) REDENTI: Del giudizio civile con pluralità di parti. Modena 1910, n. 130 y ss. y 224. También del mismo autor Natura giuridica della cambiale e della obbligazione cambiaria en "Riv. dir. Com. 1912, I, pag. 933 y ss". y Profilo pretioi del diritto processuale civile, Milano 1939, n. 58, 133.

habiendo contribuido la autoridad de tan ilustre jurista a la repercusión inmediata en la doctrina y al acogimiento entusiasta que le tributaron sus seguidores (1).

También para Carnelutti prenda e hipoteca no son sino una modalidad de la acción ejecutiva, con la particularidad de que es una acción ejecutiva distinta de la acción ejecutiva ordinaria por ofrecer al acreedor mayores ventajas (2).

Los principales argumentos que invoca en defensa de su posición son, en síntesis los siguientes:

1) Para la existencia de un derecho real son precisas dos condiciones: que se limite una de las facultades de la propiedad para atribuírla al titular activo. Limitación y atribución; el usufructo vg, es un derecho real no tanto porque el nudo propietario esté privado del goce cuanto por que a la privación de él corresponde la atribución al usufructuario. Sobre este postulado critica la teoría manteni-

(1) Vide LIEBMAN, Il titolo esecutivo riguardo al ter si, "en Riv. diritto proc. civile 1934, I, págs. 127 y ss." Le siguen inmediatamente CARNACINI, JAEGER, etc.

(2) Sustancialmente esta conclusión está recogida en todos sus escritos, vide Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni. Studi per Chiovenda, Padova 1927, págs. 221-341, además, Lezioni di diritto processuale civile, Padova 1927, n.ºs. 440, 522, 585, 586., Istituzioni del nuovo processo civile italiano, 4ª ed. Roma 1951, págs. 212 y ss. Sistema de Derecho procesal, trad. Alcalá-Zamora y Sentís Melendo, Buenos Aires 1944, vide V, I pág. 242, V, III págs. 137, 368...

da por un buen sector de la doctrina (1) de que la hipoteca es un derecho real que recae sobre la disposición. Por dos razones fundamentales: porque la disposición, lo mismo que el goce, no es el contenido sino el ejercicio del derecho de propiedad. Y porque -además de que la hipoteca no limita la disposición-a nadie se le ocurre decir que la facultad de disposición se atribuye, total o parcialmente, al acreedor.

2) La hipoteca no tiende a la disposición del fundo sino a la garantía del crédito. La garantía se reduce a esto: que el acreedor puede hacer vender el mueble hipotecado si no paga el deudor, con dos modalidades particulares: que sobre el precio de la venta se le prefiera a él sobre los otros acreedores y que la venta pueda hacerse aunque el inmueble no pertenezca al deudor. Esto ciertamente constituye un vínculo, una carga, pero procesal; la carga que supone la responsabilidad procesal.

3) Antes de la ejecución se da simplemente la presión psicológica que dicho vínculo ejerce sobre el deudor y más aún sobre el tercero poseedor para obtener el cumplimiento. Es la eficacia psicológica del vínculo procesal. Pesa también sobre el valor pero cae aún antes de la condena no perjudica socialmente a un hombre el mandato de captura?

(1) Vide FRANCESCHELLI, L'ipoteca come diritto reale, en "Rivista del diritto commerciale, 1938, I. págs. 292 y ss".

4) ¿A quién incumbe la obligación correlativa al derecho que se trata de definir? ¿están obligados ante el acreedor hipotecario el sujeto pasivo de la hipoteca y los demás acreedores o lo están los oficiales del proceso en virtud de su oficio?

5) Desde el punto de vista del derecho de persecución, el dominus frente al acreedor hipotecario es un responsable, no un obligado, aunque para conseguir la sujeción se creen obligaciones (vg. obligación de conservar). El condenado a la reclusión, que es típicamente una sujeción, se garantiza, sin embargo mediante la obligación de no evadirse y esta a su vez está garantizada mediante la sujeción a la pena conminada para la evasión y así sucesivamente.

6) La diferencia entre garantía general y especial es una diferencia de medida, no de naturaleza.

Para corroborarlo acude a una argumentación lógica interpretando el silogismo de ROCCO. Sabido es que ROCCO llega a la conclusión, ciertamente errónea, de que la garantía general es un derecho de prenda universal, partiendo de estas premisas

Premisa mayor: garantía general = garantía especial

Premisa menor: garantía especial = Derecho real

Conclusión: garantía general = derecho real.

Los errores de esta construcción le lleva a CARNELUTTI, valiéndose de la reductio ad absurdum que la premisa menor

es falsa y que se impone por tanto la revisión.

7) La existencia del derecho de crédito es necesaria pero también suficiente para explicar estas situaciones procesales. Entre el crédito y la acción no hay sitio para el derecho real: ¿para qué, además del crédito, un derecho real de garantía? Se recurre, dice, para explicar el derecho del acreedor de expropiar el bien hipotecado aunque pertenezca a una persona distinta del deudor, al derecho real de garantía y no es necesario, aunque sea esta la más verdadera razón de la construcción tradicional de la hipoteca. En su premisa se descubre, afirma, un principio de identidad entre el sujeto pasivo de la obligación y sujeto pasivo de la responsabilidad. Para la doctrina tradicional esto tiene valor de axioma, pero es falso. Los dos conceptos obligación-responsabilidad, aunque distintos son complementarios, cierto; pero que la obligación haya de ser de la misma persona a quien le está impuesta la responsabilidad, es ya otra cosa, vg. todo pago presupone una deuda; no presupone en cambio la deuda de quien paga, en definitiva el responsable puede no ser deudor. Por consiguiente, si también el llamado derecho de persecución, es decir, la responsabilidad del poseedor del inmueble hipotecado aunque no sea deudor, encuentra su fundamento lógico en la obligación, cae hasta el último pretexto para

sostener que los efectos de la hipoteca no se explican sin el derecho real.

8) No sólo no hay necesidad, para explicar la acción y la responsabilidad hipotecaria, de incluir entre esta - y el derecho de crédito un derecho real sino que ni siquiera hay posibilidad de hacerlo.

Lo que se realiza en el crédito, no es el derecho - real. Incluso el derecho a la seguridad se resuelve en - un derecho a la tutela jurídica... y por este camino llegamos al campo procesal.

9) De por medio, entre el crédito y la acción hay - ciertamente algo. Pero este algo es un negocio, no un derecho; el acto con que se constituye la hipoteca, no la situación constituida con él; presupuesto de la acción - puede ser un hecho, pero no una situación.

Apreciaciones críticas:

Es indudable que CARNELUTTI descubre en su detenida y minuciosa observación muchas facetas positivas. Pone, por otra parte, en evidencia cómo no puede apoyarse la tesis de la realidad de la hipoteca centrada en la realización de valor y cifrar, para ejercitarlo, todo el contenido del derecho real de garantía en las facultades del

ius persecuendi y *ius praelationis*. Efectivamente, todos estos efectos se pueden explicar desde el derecho procesal.

No obstante la posición que adopta CARNELUTTI nos parece excesivamente unilateral. Para proceder ordenadamente al examen de su posición, comensaremos por estudiar los argumentos, antes enumerados, con que combate la tesis realista.

1). No es necesario que, además de la limitación, - el derecho real suponga en todo caso una atribución de - la facultad al titular del derecho.

Hemos expuesto en páginas anteriores cómo el derecho real limita al derecho de propiedad en la medida en que concurre con él. Esto lleva consigo más la exigencia positiva de un "contar con" otro derecho coexistente, que la negativa de una privación. La misma noción de deber - lleva implícita la positiva de actividad, ya se resuelva ésta en un *facere* o en un *omittere*. Por tanto, desde este punto de vista, no se pierde nada ni nada se gana; se participa. El titular activo de un derecho real participa con el propietario en la explotación de la cosa, en - cuanto sustrato material susceptible de distintos aprovechamientos o utilidades, frutos, ventas, capital...

Para poner el mismo ejemplo que CARNELUTTI, el mudo propietario no se ve despojado del goce por la atribución

al usufructuario. Ambos participan en el goce si bien desde vertientes diversas; cada uno desde el ámbito permitido por lo lícito jurídico, esto es, la concurrencia del derecho de otro. Traspasado este límite de lo lícito (más allá está el perjuicio al derecho concurrente) entra en la esfera de lo antijurídico. Y ello no porque se encuentre con la atribución a otro de facultades inicialmente suyas, sino porque desborda con su actividad el cauce que la norma ha configurado para el curso pacífico de ambos derechos concurrentes, a un común aprovechamiento.

Del mismo modo que cuando dos heredades se abastecen de una misma fuente el discurrir del agua por canales diferentes no implica que una pierda el caudal que atraviesa el fundo vecino, sino que ambas participan de un aprovechamiento común, de una misma fuente.

Cómo no es necesaria la atribución se manifiesta con mayor evidencia en los derechos reales cuyo contenido estriba primordialmente en un non facere vg. una servidumbre de no edificar no lleva consigo la atribución del dueño - dominante del edificar (1).

Por lo tanto el primer argumento esgrimido por CARNE LUTTI de que por no trasladarse al acreedor la facultad de disposición no es derecho real la hipoteca, es ineficaz

para aportarlo en defensa de su tesis.

Coincidimos con él, sin embargo, en que la distinción del goce y disposición no es un buen criterio de clasificación de los derechos reales.

2). El argumento segundo tiene dos partes; una primera en la que estamos absolutamente de acuerdo con él - porque la hipoteca no tiende a la disposición del fundo sino a la garantía del crédito, y otra segunda en que - inevitablemente hemos de disentir, que la garantía se reduzca a hacer vender el inmueble con las dos modalidades de persecución y preferencia.

Lo que supone, por otra parte, rechazar como punto de partida la teoría realista de la hipoteca considerada exclusivamente como derecho de realización de valor, - Creo que, desde esa posición, la tesis de CARNELUTTI se mantiene invulnerable, como él mismo tuvo ocasión de demostrar a la crítica que apoyada en esos postulados hizo GIOVIELLO (2), por citar, entre los representantes, a

(1) En las servidumbres negativas se prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que de otro modo podría realizar, pero no por ello resulta acrecido el conjunto de facultades del dueño del predio dominante, de modo que puede hablarse de la amortización de una facultad, que se pierde por una parte sin ganarse por otra. LACRUZ BERDEJO, Uso y goce de las servidumbres discontinuas o no aparentes. Madrid, 1955 pag. 16.

una de las personalidades más acusadas.

Para CARNELUTTI garantía es un derecho a la actuación de la sanción ejecutiva, "el derecho del acreedor sobre el bien del deudor es el mismo derecho procesal de agredirlo en la ejecución forzosa. Al poder de agresión del acreedor corresponde la sujeción del deudor; un tolerar la acción del acreedor sobre los bienes."

Por idéntico procedimiento llegaríamos a la conclusión de que no sólo los de garantía sino todos los derechos reales serían derechos subjetivos procesales.

El fallo está no tanto en la construcción como en su base de partida; en el tomar como ordinario, como regla, lo que es o puede ser excepcional.

Así, es de esencia del dominio que pueda ejercitarse la acción reivindicatoria frente a todos, sin que por ello se pueda concluir que el dominio es una situación proce-

(2) COVIELLO, L'ipoteca è un diritto reale, en "Rivista di diritto civile. 1936, págs. 5 y ss."

sal (1). Del mismo la posesión es en todo caso una relación real, de carácter material, aunque el poseedor pueda, despojado de la cosa, ejercitar las acciones interdictales y no por ello se puede definir por su tutela jurisdiccional todo el fenómeno posesorio. Concluyente con sus postulados lógicos, CARNELUTTI, cree lo contrario (2). - Por lo mismo el usufructo no es situación procesal aunque sean inherentes a él la acción confesoria etc. Por la misma vía podríamos llegar a la conclusión de que todo el derecho inmobiliario registral pertenece al campo del derecho procesal porque sus asientos están bajo la salvaguarda de los Tribunales.

3). CARNELUTTI, no ve en la hipoteca sino una de las fases, la fase de ejecución. La fase de seguridad radica para él en la presión psicológica que la amenaza de la ejecución ejerce sobre el deudor sobre el tercero poseedor.

(1) A esta conclusión llegó HÖLDER para quien la propiedad no es un derecho; el derecho del propietario no es más que la acción reivindicatoria. Vide ALCER. Ensayos sobre temas fundamentales "R.J.C. 1931, pág. 74".

(2) El poseedor tiene tan solo, en primer lugar, un derecho (procesal) a que el Juez decida en vía jurisdiccional sobre su demanda dirigida a declarar que él tenía la posesión y ha sido despojado de ella, derecho que no es otra cosa sino una acción cautelar de cognición. Vide Instituciones ob. cit., pág. 192.

Es decir se caracteriza por su ajuridicidad ya que el derecho no entra en la esfera de lo psicológico. El temor no puede en ningún caso ser un vínculo de la voluntad (1), como entre nosotros, argumenta CAMARA que mantiene a pe-
días la tesis procesalista. El temor, puede ser un impulso, a lo más, que mueva al deudor a actuar, pero el impulso es, como reacción psicológica, no voluntario, no entra en la esfera del objeto formal de la voluntad. Y siendo un impulso meramente psicológico no puede apoyarse en él ni la estructura jurídica del derecho ni la obligación. Es poco consistente el mantener sobre una persuasión toda una situación de Derecho material.

Y, sin embargo, la existencia de una situación que "existe antes y fuera del proceso, y precisamente para evitarle" es lo que reclama la exigencia de una fase de seguridad estructurada jurídicamente. Con esta intención, si bien con el error señalado anteriormente, escribe DE LA CAMARA: "La persuasión (digámoslo así) ha fracasado - y cede el paso a la fuerza. La situación deja de ser material para convertirse en una situación de Derecho procesal".

(1) M. DE LA CAMARA. Notas Críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como Derecho real. "R.D.P. 1949, pag. 378 y ss".

4). En el cuarto argumento, CARNELUTTI formula una pregunta ¿a quién incumbe la obligación correlativa al derecho que se trata de definir? ¿están obligados ante el acreedor hipotecario el sujeto pasivo de la hipoteca y los demás acreedores o lo están los oficiales del proceso de su oficio?.

Utilizando la misma dialéctica contestaríamos -su argumento no nos obliga a más- formulando una repregunta: ¿en qué relación, en la obligacional, en la real o en la procesal?, o, lo que es lo mismo: ¿en qué momento, en la fase anterior a la ejecución o en la fase posterior?

Llegado el momento de la ejecución, dice CARNELUTTI, el dueño frente al acreedor hipotecario es un responsable no obligado, aunque para conseguir la sujeción se creen obligaciones. Pero esto no obsta para mantener la tesis de que la hipoteca es una situación procesal. Como el condenado a la reclusión, que es típicamente sujeción se garantiza mediante la obligación de no evadirse...

La imagen del condenado a reclusión que CARNELUTTI repite como argumento *ad exemplum* en muchas ocasiones, no sirve para apoyar seriamente una posición. Efectiva-

mente es tomar como premisa la misma conclusión que trata de obtener. Por otra parte la situación del condenado es de derecho público necesario, que lleva consigo la privación de libertad. Sería absurdo sostener que el deudor o el tercero han perdido su libertad, o que la han cedido a los órganos jurisdiccionales desde la constitución de la hipoteca. El deudo puede pagar. Normalmente, será éste el fin de la hipoteca, en tanto que el condenado sólo saldría de esa situación mediante el cumplimiento de la condena. Más aún, incluso producido el hecho del impago no es preciso que la satisfacción sea por vía de ejecución forzosa. En la práctica viene a ser esto lo más frecuente, dado lo antieconómico del proceso ejecutivo hipotecario y lo dificultoso de sus trámites.

5). Ciertamente el psilogismo de ROCCO es falso, y por lo tanto hay que elegir que alguna de las premisas falla. Para CARNELUTTI es la premisa menor (garantía especial = Derecho real). Con el mismo argumento nosotros estimamos que también la premisa mayor está viciada; es decir, que garantía general, en su recto sentido, no es igual a garantía especial, y que entre ellas no sólo media una diferencia de medida sino también de naturaleza.

Y esto es así porque en la garantía general entre el acreedor y las diversas partes del patrimonio del deudor

dor no existe ninguna relación real, en tanto que en la garantía especial hay en todo caso relación; que puede ser real y entonces el bien objeto de la relación está como sustraído, como destinado al servicio de la relación, o puede ser obligacional en cuya hipótesis la garantía no guarda conexión con el bien sino con la causa de la relación. Aquí radica también el error de la premisa de ROCCO. La garantía especial no siempre es consecuencia de un derecho real, puede serlo de un derecho de crédito (vg. privilegio especial del salario).

6). CARNELUTTI, admite que deuda y responsabilidad aunque distintos son complementarios, disiente, sin embargo, en que la obligación haya de ser de la misma persona a quien le esté impuesta la responsabilidad. Pone como ejemplo que todo pago presupone una deuda, pero no una deuda de quien paga. Así es responsable y no deudor el que paga por un tercero. Del mismo modo el tercer poseedor es responsable, no deudor.

Es preciso, antes de pararnos a considerar la objeción puesta por CARNELUTTI, poner de manifiesto nuestro criterio al respecto.

Responsabilidad es algo íntimamente ligado a la persona, más aún en cuanto que la fuente o la raíz de la responsabilidad es la libertad. Responsabilidad es una

manifestación de la libertad personal. Ahora bien, libertad presupone hacer de ella un uso legítimo; licitud y legitimidad del actuar son exigencias que determinan la responsabilidad.

Por tanto, si es exponente de la libertad que la persona se obligue, es también una consecuencia que la persona responda del cumplimiento de obligaciones. El instrumento con que responde son sus bienes. Responde con todos sus bienes, pero responde él; el obligado.

Cuando realiza el pago un tercero, ajeno a la obligación, no es un responsable; responsable sigue siendo el obligado. El tercero ha sido un vehículo de la ejecución, del alcance material a que asciende la obligación. Se trata de un desplazamiento patrimonial de facto y la adquisición correlativa por el acreedor se consolida por el sistema de la que ha llamado NÚÑEZ LAGOS causa justificante (1).

La posición de CARNELUTTI desconoce la unidad que componen los diversos elementos que integran la relación. Por lo mismo el tercer poseedor, si no asume la deuda, no es responsable por no ser deudor.

(1) Vide NÚÑEZ LAGOS, Pago de lo indebido sin error. R.G.L.J. 1946, págs. 216 y ss.

A la inversa, siempre que hay responsabilidad hay deuda. Responsabilidad objetiva no quiere decir responsabilidad sin deuda, sino responsabilidad sin culpa, que son cosas muy distintas. La obligación natural tampoco crea una deuda sin responsabilidad. No hay responsabilidad porque no hay deuda; se trata simplemente de un deber moral y por lo mismo de un deber no jurídico (1). En las hipótesis de responsabilidad limitada se restringe correlativamente la deuda; no hay un plus de deuda no cubierto por la responsabilidad, la deuda, en cuanto al excedente, se ha comprimido.

La responsabilidad corresponde, por tanto, al "vinculum juris" sobre que descansa la relación obligacional y no, como cree CARNELUTTI seguido por un gran sector de la doctrina italiana, constituye una relación jurídica pasiva diferente de este (2); al menos autónoma o independiente

(1) La obligación civil (o simplemente jurídica) se basa en la idea de relación jurídica, cuya fuente es la voluntad privada o la ley. La obligación natural se basa en una idea diferente: en la idea de personalidad que también consagra y ampara el Derecho. La obligación civil exige - un "vinculo jurídico" que une al deudor con el acreedor; de aquí nace un derecho protegido con acción. La obligación natural entraña un deber no jurídico (carente de vinculo) y exige una libertad; por eso no hay aquí derecho ni acción. Vide FUENMAYOR, El cumplimiento "post mortem" de las obligaciones naturales. Madrid 1955, pág. 19.

(2) CARNELUTTI, Teoría general del Derecho, 2ª ed. Madrid 1955, págs. 216 y ss.

te.

7). Sus argumentos 8º y 9º pueden ser tratados conjuntamente.

Entre el crédito y la acción, dice, no hay lugar para el derecho real, aunque de por medio hay ciertamente algo. Pero este algo es un negocio, no un derecho; el acto con que se constituye la hipoteca, no la situación - constituida con él; presupuesto de la acción puede ser - un hecho, no una situación.

Tampoco este argumento es, ciertamente, aceptable - en Derecho español porque son cosas distintas el negocio en que "se constituye" la hipoteca y el momento en que - nace el derecho real. El derecho real de hipoteca nace con la inscripción y necesita de la cancelación para extinguirse. El derecho real de hipoteca depende existencialmente, en su origen, de la relación obligacional, pero es luego, a lo largo de su vida e incluso a la hora - de su extinción esencialmente independiente. De modo semejante, salvadas distancias, a cómo el nacimiento de un ser vivo está condicionado a la existencia de la madre, pero la vida y la muerte, su despliegue vital y operativo, son autónomos, propios aunque siempre quede adscrito al genus familiar que le cualifica; en nuestro caso nunca puede perder su filiación de crédito-hipotecario. Es siem

pre accesoria, al menos en el nacimiento (1), después tiene vida autónoma e independiente.

Antes de la inscripción, y por lo tanto, antes del nacimiento del derecho real, el contrato debe estar "válidamente constituido", es decir, han de darse todos los requisitos constitutivos, entre ellos la forma (escritura pública o notarial o testamento que hace las veces de escritura y excepcionalmente en documento público (2). En este sentido hay que interpretar el art. 1875 CC. Se trata de un contrato formal. Desde que se cumplen todos los requisitos, también los formales, la hipoteca está constituida más no "válidamente" (3). La inscripción determina el nacimiento del derecho real, es una conditio sine qua non para alcanzar la eficacia total que el contrato, ya -

(1) En expresión de NUÑEZ LAGOS, los niños y los derechos reales son a posteriori; nacen con figura humana - etc., pero después de un período de concepción y gestación, después de toda una abultada embriología. Vide, El registro de la propiedad español, cit. pág. 146.

(2) En documento público que no sea escritura pública o notarial artículo 16, Ley 15 julio 1954 sobre protección de viviendas de renta limitada y 39 y 40 del Decreto de Agricultura 14 enero 1955.

(3) Vide sobre esta cuestión, RAMOS FOLQUES, "R.C.D. I. 1949, pág. 142"; NUÑEZ LAGOS, Perfiles de fe pública "A.D.C. 1949, pág. 51", ROCA, ob. cit. pág. 382, FEDERICO DE CASTRO, El artículo 41 de la L.H. "R.D.P. 1929 pág. 418" Sobre la interpretación de la palabra "válidamente" vide también MANRESA: Comentarios al CC español, ob. cit. tomo XII, pág. 494. Entre nuestros hipotecaristas GALINDO Y ESCOBURA, Comentarios a la legislación hipotecaria de España, ob. cit., tomo III, pág. 369. MORELL, Comentarios a la legislación hipotecaria, tomo IV, pág. 227.

constituído, persigue. En este sentido la inscripción digna del contrato, y no es forma contractual. En ningún caso la inscripción es forma; forma y publicidad pertenecen a esferas distintas.

Es preciso distinguir, dice MESSINEO, en Derecho italiano, entre título idóneo para constituir la hipoteca y vínculo hipotecario; este segundo es efecto del primero - pero en concurso con la inscripción: tal vínculo nace con la inscripción y se extingue con la cancelación.

La inscripción es al mismo tiempo un modo para adquirir el derecho de hipoteca y un modo para hacer valer el vínculo hipotecario (1). El título es necesario pero no suficiente.

El argumento de CARNELUTTI, discutible ya en Derecho italiano, no es absolutamente aplicable al ordenamiento - español.

La distinción entre crédito, el contrato y el derecho

(1) MESSINEO, Derecho civil y Comercial, Buenos Aires, 1956, tomo IV, pág. 103. Debe tenerse presente que en el Derecho italiano rige el principio francés de la constitución de los derechos reales, por el mero consentimiento (art. 1376 CC.). Por eso la inscripción de la hipoteca en derecho italiano "integra" el título siendo, por tanto, presupuesto de validez y de eficacia, incluso inter partes. Tiene, por tanto, distinto carácter que en Derecho español. En derecho italiano es requisito del contrato, en derecho español presupone el contrato y condiciona al derecho.

real de hipoteca tiene además importantes consecuencias prácticas. Entre otras las siguientes:

A) Para determinar la norma aplicable en los conflictos que surjan por razón del lugar, de la clase de obligación, capacidad etc.

Así, la Res. 20 junio 1952 considera que por tratarse de "un derecho real accesorio de garantía de una obligación mercantil, es preciso conforme al ordenamiento jurídico positivo apreciar según las normas civiles la capacidad para constituir hipotecas".

A veces son distintas las reglas de capacidad. La constitución de hipoteca es un acto de riguroso dominio y por tanto el representante o apoderado necesitan poder expreso (1713,^{C.C.} art. 130)^{L.H.} el marido requiere consentimiento de su mujer si se dan las circunstancias del 1413 etc. "si bien todo ello con referencia al deudor, no al acreedor, - en el que para aceptarles es suficiente la capacidad general de contratar" (Res. 15 diciembre 53); para determinar el momento en que se necesita la capacidad, vide Res. 24 abril 1959.

B) Los créditos asegurados con hipoteca, aunque se hayan inscrito después, son preferentes a los embargos anotados antes pero con fecha posterior a aquella en que la hipoteca se constituye (1).

(1) Vide VALLES Y PUJALS, Préstamo a interés, usura, hipoteca, Barcelona, 1933, pág. 174.

C) El crédito garantizado con hipoteca tiene carácter de inmueble. Precisamente es esta la base de la publicidad de la hipoteca, el derecho de crédito es personal por lo - que no puede ser registrado.

No debe pensarse, dice LACRUZ, que la hipoteca carezca de toda existencia antes de tener acceso a los libros registrales; por eso el artículo 1875 habla del "documento en que se constituya la hipoteca": la formalización del título inscribible no se limita a dar vida a una obligación de constituir, semejante a la obligación de entregar en la compra-venta, sino que faculta a cada uno de los contratantes para perfeccionar la constitución: el contrato de hipoteca es ya un ser autónomo, al cual no afectará la incapacidad sobrevinida de uno de los otorgantes y que podrá ser inscrito en el Registro por cualquiera de las personas designadas en el artículo 6º (1).

Si bien coincidimos con el planteamiento y criterio de LACRUZ, no estamos de acuerdo con todas las consecuencias por él deducidas. Que el contrato de hipoteca tenga

(1) LACRUZ BERDEJO, Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral, ob. cit., pág. 153.

antes de la inscripción vida autónoma no lleva consigo la necesidad de que la inscripción, que es constitutiva, sea también sanatoria. Antes de la inscripción el crédito garantizado no pasa de ser personal y escriturario (1). Y porque la inscripción es respecto del contrato, un "posterior" exige que este tenga durante toda la fase anterior a la inscripción todos los requisitos. Así lo expresa también la reciente Resolución de 24 de abril de 1959 al considerar que "el carácter constitutivo de la inscripción - en el Registro de la Propiedad del derecho real de hipoteca, puesto de relieve, tanto por el artículo 1875 C.C. como por los artículos 145 y 151 L.H., no permite que se pueda acceder a la pretensión de la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, deducida por el interesado, cuando la capacidad del deudor hipotecante aparece en el Registro limitada por la anotación practicada para hacer constar que ha sido declarada en quiebra" (2). (La anotación se practicó después del otorgamiento del contrato pero antes del asiento de presentación).

Todas estas consideraciones vienen a confirmar que, -

(1) Vide, respecto de la prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria el comentario de VALLET, "A.D.C. 1954, VIII, 4, pág. 1257".

(2) Y éste es también el criterio jurisprudencial, vide S.T.S. 17-3-1958.

lo que estima CARMELUTTI -discutible ya en el mismo Derecho italiano- no es en absoluto aplicable al Derecho español. Entre el crédito y la acción hay algo más que un negocio. Es preciso que haya un negocio y un derecho. Un derecho - que de acuerdo con las observaciones hechas a los otros argumentos, tiene que ser real. No se puede olvidar que el proceso presupone, son anteriores a él, y en este sentido independientes, dos relaciones sustantivas coexistentes - desde la constitución: la relación obligatoria y la relación real. Ambas tienen "ab initio" actualidad jurídica y condicionan el proceso. Del mismo modo son distintos los fines y la protección. El fin del derecho real de hipoteca no es la enajenación sino la garantía, la garantía solo "in extremis" se actúa por la enajenación. En tanto que la ejecución mira antes al derecho de crédito y desencadenada ésta no se da diferencia esencial con los demás tipos de ejecución de créditos. La prelación de créditos es cuestión sustantiva, no procesal. Al derecho sustantivo corresponde determinar la graduación y jerarquía y precisamente por esto al juez le vienen ya impuestas. Prelación, privilegio, etc., nacen en el derecho sustantivo: para ello la norma tiene en cuenta la causa de la relación que, como se ha expuesto, no es sino la configuración jurídica de una parcela de la realidad social. De donde, en último término, la "ratio juris" de la jerarquía de los derechos

viene determinada por un "quid" social.

2) Crítica de la teoría procesalista desde el punto de vista de la realización de valor.

La construcción que pudiéramos llamar tradicional o clásica, según la cual la hipoteca es un derecho real de realización de valor, hace la crítica a la teoría procesalista apoyándose en la eficacia real del "jus perseguendi" y "ius praelationis".

Sirviéndonos de los argumentos esgrimidos por una de las figuras más representativas de nuestro pensamiento jurídico, ROCA SASTRE (1), podríamos decir que el "jus perseguendi", manifestación básica de la de la realidad de la hipoteca, por atribuir plena seguridad al acreedor en el cobro del precio, hace que el mismo sea titular de un derecho real de garantía. Junto a éste, el "ius praelationis" o, lo que es lo mismo, el derecho de percibir el precio obtenido con la ejecución con preferencia a los demás acreedores.

Pero es indudable que el jus praelationis no es argumento seguro, como el mismo ROCA reconoce y como CARNE-
LUTTI objeta diciendo que no es fácil demostrar ante la -

(1) Vide Derecho hipotecario, ob. cit. págs. 20 y ss.

vista de créditos privilegiados que no provienen de prenda o de hipoteca.

En definitiva cabe siempre argumentar que el "ius prelationis" puede ser manifestación directa de la hipoteca o del crédito con lo cual no se llega a ningún punto definitivo; a lo sumo que la fuente de que deriva la prelación es sustantiva. Si deriva del crédito no hemos resuelto nada.

A nuestro modo de ver, desde esta posición es difícil argumentar contra la tesis que se intenta rebatir si no es sobre la base de idénticas consideraciones expuestas de modo antitético. Lo cual nos lleva en todo caso a una vía muerta. No en vano ha sido la teoría de la realización de valor la que ha abierto las puertas permitiendo la entrada triunfal de la doctrina procesalista.

Si se centra en el derecho de persecución es fácil argumentar que éste se da también en derechos que no son reales, contra lo que cabe decir que el carácter de derecho real se manifiesta cuando se ejecuta la hipoteca sobre la cosa hipotecada, con absoluta prelación y con independencia de toda consideración a las personas, haya pasado el inmueble a la propiedad de un tercero o quede en propiedad del deudor (1). En este caso el derecho de

(1) Vide MOXO RUANO: Concepto unitario de la hipoteca. "R.D.P. XXIV, 1, 1940 pág. 69, 1, XXIV.

persecución supone una enajenación.

Pero esto requiere admitir que el derecho real de hipoteca antes de la ejecución permanece en estado letárgico, potencial, desprovisto actualmente de eficacia jurídica. O, en último caso, que por estar sujeto en la hipoteca el valor que se realizará mediante la ejecución, solamente a través de él, por repercusión, está gravada realmente la cosa; lo que equivale a decir que el derecho sustantivo es un puro efecto, nace por rebote, de una situación procesal. Lo cual resulta difícil de admitir.

Y es que estos dos efectos, persecución y preferencia, no son por sí mismos esenciales para la construcción de la realidad de la hipoteca. Se pueden explicar también desde el punto de vista procesal. Si sólo se trata de explicarlos creo que la tesis no es decisoria, ni más aun, necesaria, a no ser por el prurito de defender a ultranza el derecho real de hipoteca como una situación que en su totalidad corresponde al derecho sustantivo. Con ello se incurre en el mismo defecto que se trata de combatir (1). El problema se plantea, dice RAMOS FOLQUES (2) como en -

(1) Así ROCA escribe: "Más que por la infundada reivindicación procesal de la hipoteca es por la negación del carácter real de ésta por lo que a los civilistas ha de repugnar la tesis procesalista" ob. cit. pag. 26.

(2) Defensa de la naturaleza real de la hipoteca.
"R.C.D.I., nº 258, noviembre 49, pag. 695".

todos los fenómenos y negocios en que existen dos o más - factores aparentemente principales y encadenados entre sí de una manera sucesiva, surge entonces el problema de cuál de estos factores es el verdaderamente principal: ¿hay garantía porque existe ejecución o ésta puede darse porque existe garantía?.

Todo es consecuencia del mismo punto de partida: Se trata de encontrar la raíz de donde emanan el ius praedationis y el ius perseguendi dentro de la zona movediza de la realización de valor. Por lo mismo creo que es necesario enfocar el problema en el mismo punto de contacto, - donde ambas posiciones convergen.

3) Las teorías del valor, o valoristas.

La noción de derecho real relativa al valor de una cosa (Wertrecht) como contrapuesta a la noción del derecho real sustancial de la cosa (Substanzrecht) constituyen - dice ROCA- una diferenciación fundamental en esta concepción de la hipoteca. Distinción que fue desenvuelta desde KOHLER y recogida luego casi unánimemente por la doctrina - alemana. Y, si bien con diversas formulaciones, admitida por la casi generalidad de la doctrina (1), SHOM, BREMER, FUCHS, KOHLER, CHIRONI, RODCO.

(1) Vide "Archiv. für bürgerlichen Recht, XCI, 1901, pág. 155"

La hipoteca, dice CHIRONI (1), que recae sobre la cosa tiene como objeto el valor o, mejor, sujeta a la cosa a través de su valor. El acreedor tiene un derecho adquirido sobre el valor de la cosa; valor que señala los límites del poder, que permanece en el propietario, de goce y disposición. De la cosa dada en garantía se ha extraído el valor abstracto en la constitución, respecto del que la hipoteca equivale a su enajenación. El acreedor es el adquirente del valor. El valor es, por lo tanto, el objeto sobre el que recae directamente la relación hipotecaria.

De hecho la hipoteca mira no a la cosa sino al valor, que está contenido en ella, mas tal objeto no se puede determinar sin liquidar la cosa y esta liquidación se verifica con la venta; la existencia del derecho requiere la posibilidad de ejercitarlo y la enajenación del valor que hay en una cosa determinada exige para conseguirlo la venta del inmueble. La venta de la cosa es el ejercicio del derecho real. El derecho real contiene la enajenación del valor - condicionado con fin de garantía.

Con lo cual, al ser objeto de utilidad independiente, el valor se constituye como base de los derechos reales, en cuadrándose a estos en dos categorías fundamentales: derechos sobre la sustancia, derechos sobre el valor.

(1) CHIRONI, Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno, Vol. II, Milano 1918, 2ª ed. pag. 538.

La distinción, como sucede frecuentemente cuando adquieran valor axiomático nociones que nacieron simplemente con finalidad aclaratoria, sirvió de elemento disociativo. BINDER separó los derechos a un valor de los derechos reales. Por lo que la hipoteca, tratándose de un derecho al valor no es derecho real. Otra curiosa conclusión que se dedujo de esta postura fue la de definir la hipoteca como un derecho mobiliario, por ser cosa mueble la suma de dinero que se extrae de la enajenación.

Pronto se puso de manifiesto que el concepto "fracción de valor" es demasiado vago e inconsistente para construir sobre él la teoría de un derecho real. Esta fracción no puede reputarse por contenido jurídico de la hipoteca. Sobre el valor (1) cabe matizar hasta el infinito sin que ninguna de ellas traiga aportaciones positivas.

No es extraño que a la vista de la desorientación al gún autor, como DERNEBURG, sostenga que la hipoteca grava la cosa mas no su valor; y en general la doctrina busque, por nuevos derroteros, un quid más estable sobre el que hacer gravitar a la hipoteca. Para MAIORCA objeto de la hipoteca no es la suma de dinero que se extraerá caso de venta for-

(1) Entre otras se adoptaron las siguientes formas: derecho al valor (OHIRONI); al valor pecuniario (ROCCO); a la apropiación del valor (BREMER); a una "parcela de valor" (OBERNECK).

cosa, sino la seguridad que dan al titular del derecho el vínculo y la relativa posibilidad de satisfacerse. Objeto de la hipoteca es para él la disponibilidad de un fundo a título de seguridad (1). Y, en general, se vuelve la vista hacia el inmueble. La hipoteca, dice NUSSBAUM (2), como todos los derechos reales abarca la cosa en su totalidad, o mejor dicho, la totalidad del patrimonio inmobiliario.

Es preciso tener siempre presente que valor y sustancia se exigen mutuamente y se presuponen. Por lo mismo que respetar la sustancia es dejar a salvo la integridad de valor (3). Y, argumentando "a contrario" afectar el valor implica gravar la sustancia; no puede afectarse el valor sin interferirse de modo inmediato en la sustancia (4).

De aquí que no quepa mantener la posición simplista

(1) MAIORCA, ob. cit. pág. 115.

(2) NUSSBAUM, Tratado de Derecho hipotecario alemán, Madrid 1929, pág. 76.

(3) VALDECASAS, La idea de sustancia en el C.C. "en R.D.F. 1951, pág. 889".

(4) De aquí el giro de la doctrina valorista, vide COVIELLO "la eventualidad mira a la enajenación ahora bien, objeto de ésta (de la hipoteca) no es el valor sino la cosa", id. ROCA ob. cit. pág. 68. Vide además BARASSI. Diritti reali e possesso I, pág. 690. etc. Ya antes vide CHIRO NI ob. cit. pág. 45 ss. para quien el valor es una utilidad de la cosa. Para ROCA no es el simple valor a secas, sino el valor de realización el que por ser una utilidad hace que recaiga sobre la cosa como gravamen.

de cuantos estiman que los derechos reales de goce sujetan a la cosa para disfrute del titular en aquello que es, en los derechos de disposición (dentro de ellos la hipoteca) por lo que vale, esto es por su aptitud para ser convertida en dinero (1).

Y es que es esencial en la hipoteca la sujeción de los bienes al gravamen "res obligationi supposita", sujeción de los bienes "directa e inmediatamente". De tal forma que, en expresión de la vieja doctrina hipotecaria y -jurisprudencial, el derecho real se "encarna" en la finca hipotecada, que le sigue como "la sombra al cuerpo". Modifíquese el inmueble, decían GALINDO y ESCOSURA, aumentese, varíe su forma; mientras subsista, el gravamen subsiste inherente: donde están los bienes allí está la obligación (2). Mas no por ello infraestima la afección de valor sobre la cual, para estos autores, el acreedor tiene una especie de condominio.

(1) Vide ALDO PAIS, Natura giuridica della ipoteca, Milano 1952, pág. 18. Seguido también por FRANCESCHELLI, ob. cit. y otros.

(2) GALINDO y ESCOSURA ob. cit. pág. 156. Vide además E.N. ley 1861 "la hipoteca es un verdadero derecho real adherido al cumplimiento de las obligaciones a que sirve de garantía y que sigue siempre a la cosa hipotecada, cualesquiera que sean las manos a que pase y a pesar de los cambios que ocurren en la propiedad que grave. Vide también S.T.S. 24-II-1855, 19-XII-1864, 10-II-1877 etc.

Más recientemente DISTASO ha estudiado la realidad de la hipoteca desde la afénción del bien a través de un vínculo que le impone su destino a la sujeción, dejándolo insensible a todo eventual cambio de su condición jurídica fundamental. (1).

DERNBURG admite la naturaleza de derecho real sobre la cosa -si bien para él el derecho real de hipoteca difiere de los demás en cuanto que no mira al uso material de la cosa y a la adquisición del producto- sino que autoriza a la enajenación de la sustancia y a este fin vincula inmediatamente a la cosa sujetándola a la disposición del acreedor (2).

Porque la hipoteca recae directamente sobre la cosa, gravando la sustancia, se explica cómo es posible constituir un derecho real de hipoteca como gravamen actual sobre una cosa respecto de la que haya una prohibición temporal de enajenar (3), e incluso sobre una propiedad inembargable. Así vg. aunque la propiedad forestal catalogada es inembargable puede constituirse garantía hipotecaria sobre

(1) Vide DISTASO, Natura giuridica dell'ipoteca. Milano 1953, pág. 116 ss.

(2) DERNBURG, cit. ALDO FAIS, Natura giuridica della ipoteca pág. 5.

(3) R. 18 abril 1952.

los aprovechamientos de los montes afectados y la ejecución sólo podrá dirigirse contra la renta o aprovechamiento del monte gravado (1).

En definitiva la característica más acusada de la hipoteca está en la sujeción de los bienes en función de garantía (2).

Las posiciones aparentemente contradictorias son perfectamente integrables; todos los que parten de la base común de ^{que} la hipoteca es un derecho real, lo conciben como tal en cuanto que limita la propiedad. La divergencia estriba en la indagación sobre qué aspecto de la propiedad resulta afectado; la cosa; el valor; las facultades de disposición, etc.

Más ^{es} evidente que cualquier gravamen real recae sobre la cosa, y limita (mejor concurre) con el derecho del propietario. En tanto que la propiedad, que en Roma se identifica con la "res" (3), hoy se puede considerar como equivalente jurídico al concepto económico de capital.

(1) Vide art. 2º ley 6 junio 1957, reguladora de montes.

(2) Por encima de su clasificación sistemática, sostiene reiteradamente VALLET, en una u otra categoría dogmática se caracteriza por la sujeción en función de garantía, apoyada en una publicidad registral perfecta. Vide La hipoteca del Derecho arrendaticio, ob. cit. pág. 51. Además Pímas Tabernae, "A.D.C. VI-IV pág. 817 ss". Comentario ley 16-XII-54 "R.D.N. abril-junio 1956. VIII, pág. 42, etc."

(3) D'ORS y BONET; Los romanos, como es sabido, no

Por lo mismo las facultades, goce, disposición, - que son inherentes al derecho forman su contenido económico, en cuanto que significan posibles vías de aprovechamiento del capital que constituye y representa la - propiedad. Por lo mismo sustancia y valor coinciden, y la limitación de cualesquiera de las facultades que integran el contenido económico supone una disminución del valor y afecta por tanto a la sustancia.

4) Teorías de la hipoteca como obligación real

Los representantes de esta posición toman como centro de referencia el lado del acreedor, haciendo gravitar sobre él la casi totalidad de la hipoteca.

Su versión más antigua está en la doctrina pandectista. En las fuentes romanas se alude, con frecuencia, a expresiones referentes al derecho de obligaciones, a las que se acude para calificar los derechos de garantía; vg. *res pignori nexa*, *res pignori* o *pignoris iure tenetur*, y es frecuente también para indicar la extinción usar la expresión "*res soluta*" esse, etc (1).

conocieron el "derecho de propiedad", sino la "propiedad" sin más: la res para ellos era la propiedad de la cosa. Vide El problema de la división del usufructo en "A.D.C. V. I, 1952, pag. 62 ss."

(1) Vide. Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos serviana utentur.

De aquí que BÜCHEL considere el derecho de garantía como un "derecho real de crédito", en el que, como en - otros casos, una persona es deudora de una cosa. La cosa está, con respecto al titular, en una relación semejante a la que liga al deudor con el acreedor en la obligación personal.

La posición de BÜCHEL fue seguida por otros como VAN GEROW y SINTENIS si bien este último no hacía deudora a la cosa, sino, pro tempore, al propietario actual de la cosa.

Contra esta construcción se alzó pronto la voz de la doctrina acusándole, como hiciera PUCHTA de "increíblemente endeble" (1) y DERNEBURG les reprocha de dejarse impresionar por los términos.

BRINZ insiste sobre la equivalencia pero con una nueva formulación, en el sentido de que admite un concepto general de obligación que puede aplicarse a la "obligatio rei" como a la "obligatio personae". Obligación significa para él la responsabilidad (Haftung) cuya esencia estriba en esto: que la cosa responsable, está jurídicamente desti

Vide Corpus juris civilis. De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum. Liber I" 582. 40...., quid enim si res soluta fuerit? id, 583, 25...., - etc. dicilis: Berolini 1954 I pág. 295. Apud weidmannos.

(1) Vide sobre la cuestión WINDSCHEID, Diritto delle Pandette, V. I. Torino 1925, pág. 807 y por su interés la nota 8 de FADDA y BENSA.

nada a servir a la "satisfacción" de otro en el caso de -
que no se realice la prestación debida.

Por este camino se ha llegado a la teoría de la responsabilidad real, concepto que en la doctrina moderna se utiliza en los más diversos sentidos. Mas no conviene nunca perder de vista su sentido analógico o traslaticio y - evitar con ello frecuentes confusiones.

Adoptando este punto de partida, la más reciente concepción obligacionista de la hipoteca se inspira además - en la corriente francesa que considera a los derechos reales como fraccionamiento o desmembramientos del derecho - de propiedad y en consecuencia sólo son derechos reales - los de goce, ya que son los únicos que recaen sobre las - facultades materiales, verdadera medida del derecho de propiedad. De modo menos tajante DEMOLOMBE distingue los derechos reales que desmembran el derecho de propiedad (goce) y los que simplemente lo restringen (entre ellos la hipoteca) (1).

(1) ¿Es la hipoteca una desmembración de la propiedad?, se pregunta JOSSEERAND y responde se sentiría uno inclinado a creerlo dada la importancia de las restricciones que aporta a las prerrogativas del propietario. Sin embargo la jurisprudencia, sostiene, ve en la hipoteca una simple carga y no una desmembración de la propiedad; posición que él explica en estos términos: A diferencia del usufructuario, de un usuario de un enfiteuta, el titular de una hipoteca no tiene ni el goce ni el uso de la cosa; no puede siquiera, como el titular de una servidumbre, realizar un acto, positivo o negativo, sobre el inmueble; no tiene ni la sola detentación a diferencia del acreedor pre-

Junto a ello, los recuerdos históricos de instituciones germanas como el Reallasten -prestaciones periódicas a que el poseedor de un feudo estaba obligado en razón de la posesión de determinado predio- y del derecho canónico, como la "décima predial", generalizan el término de la obligación real como un "tertius genus" entre los derechos reales y de obligaciones. Dentro de él se clasifica a la hipoteca, calificada, por tanto, como una obligatio rei, o como obligatio propter rem.

Esta posición es criticable desde diversos puntos de vista. Sin duda alguna el más importante de los errores está en el unilateralismo. De hecho en la vida de la hipoteca se dan obligaciones propter rem pero estas no son otra cosa que relaciones subordinadas, reflejas sin independencia y por ende no se puede basar en ellas la esencia de la figura. Por la misma razón el usufructo contemplado exclusivamente desde el "salva rerum sustancia" desaparecería como derecho real para integrar este "tertium genus". A él irían a desembocar todas las figuras contractuales - además de las reales ya que la obligación de conservar es inherente a la mayor parte de ellas con lo que, paradógi-

dario. En este sentido se puede decir que no tiene más que un derecho real incompleto, un derecho real de segundo plano, que se ha de colocar en una categoría inferior, vide JOSSERAND, Derecho Civil, tomo II, V. 2º Buenos Aires 1951, pág. 673, también MAXIME CHAUREAU, Classification nouvelle des droits réels et des droits personnels, "Rev. crit. 1931", BONNECASE, Précis de droit civil, t. I, nº 591 ss.

camente, este *tertius genus* quedaría reducido a un único género. Fianza e hipoteca, usufructo y arrendamiento etc. en esencia sería una misma cosa.

Por otra parte esta construcción hoy no goza de ningún predicamento. No nos detendríamos más en este punto de no haber sido un gran jurista MANUEL DE LA CAMARA, quien pusiera de nuevo sobre el tapete la teoría obligacionista (o como quiera llamársele) con una nueva formación a que se adhiere; la hipoteca antes de la ejecución es una obligación.

Para CAMARA (1) la hipoteca no es un derecho real en virtud de las siguientes razones:

1ª) El interés material que en la relación hipotecaria se tutela no es otro que el que se tiene en el acto de una persona que consista en la entrega de cierta suma de dinero.

2ª) La realización del valor de la finca hipotecada no constituye el ejercicio de ningún derecho autónomo de carácter privado.

3ª) No es real el derecho de preferencia que ha sido considerado siempre como uno de los signos del carácter

(1) MANUEL DE LA CAMARA, loc. cit. pág. 411, R.D.P. 1949.

real de la hipoteca. Basta tener en cuenta que existen créditos privilegiados no hipotecarios para que surjan automáticamente dudas sobre la exactitud del dogma tradicional. El privilegio se coloca en la misma línea que la responsabilidad. Sigue, en esto la posición de CARNELUTTI. El tercer poseedor es un deudor que responde limitadamente. Frente al acreedor hay dos deudores. El primero ligado por su responsabilidad universal y el tercer poseedor ligado por su especial responsabilidad hipotecaria.

4º) Antes del incumplimiento, o mejor aun, antes de que se haya iniciado la ejecución, la situación (para el deudor) es una situación de alternativa. O paga o se expone a soportar la ejecución. Uno de los términos de la alternativa es el incumplimiento; el otro, la sanción. Y en esta situación de alternativa está la esencia de la obligación como deber jurídico. No es otra cosa lo que generalmente se llama deuda o débito. La situación del deudor, - desatada la ejecución no es, frente a los órganos jurisdiccionales una situación de alternativa. Respeto de ellos no está obligado, sino sometido. Y esta sumisión en que - consiste la responsabilidad si es ya, desde luego, una situación de derecho procesal.

Esta tesis, a mi juicio, parte de la idea equivocada de ver en la hipoteca, durante la fase de seguridad, - sólo una obligación, tomada ésta en su sentido de deuda,

o, concedamos, situación de alternativa. Posición ésta - que pierde de vista la relación obligatoria, como total relación jurídica, es decir en todo su contenido y función económico-social. Por otra parte hay relaciones obligatorias duraderas (que no se agotan en una sola prestación) dentro de las que, en todo caso, habría que situar a la hipoteca, desde el punto de vista de la relación obligatoria. Y de modo especial en este tipo de relaciones, como en todas, la relación de una prestación no es necesariamente un fenómeno extintivo de la relación (1).

La relación hipotecaria no es una relación que se agota en un solo acto vg. de pago. Es una relación duradera, continua y permanente, aunque temporal. Incluso la extinción de crédito tiene una vida propia e independiente de la extinción de la garantía hipotecaria.

(1) Vide DIEZ PICAZO, El pago anticipado, en "Rev. D. Merc. 1959, julio-septiembre, pag. 37, ss."

II.- La hipoteca como relación real

1) La relación hipotecaria

Como toda relación jurídica de naturaleza real, la hipoteca unifica las diferentes situaciones de ella derivadas por la individualidad que le señala el objeto, la finca en su función de garantía, y la unidad que le imprime el principio director: valor en cambio o valor de realización. El ordenamiento dota a esta relación de todo un contenido jurídico; en ella se asientan los diversos poderes y facultades que en beneficio del acreedor al Derecho concede, protege y tutela, y con las acciones correspondientes o medios de ejercicio coactivo. Junto a ellos los correlativos deberes y obligaciones: obligación de conservar - etc.

Perder de vista el por qué de esta organización unitaria llevará al fracaso de cualquier postura por llevar implícito un vicio de construcción desde el punto mismo de partida. Equivale a desconocer la naturaleza orgánica de la relación jurídica y su unidad interna. Por lo tanto el enfoque quedará inicialmente desplazado, dejando a oscuras la interpretación posible de situaciones jurídicas concurrentes al indagar en el ámbito mismo de los efectos sin tener la visión exacta de la antorcha que los ilumina.

La relación real hipotecaria, entra a formar parte de las relaciones jurídicas de tráfico; en cuanto que implica limitación de facultades de la propiedad es derivada y, por estar al servicio de un crédito al que garantiza, subordinada.

2) El objeto de la relación hipotecaria y el principio Valor en Cambio.

El principio "valor en cambio" es, hemos dicho anteriormente, el principio organizador de la relación hipotecaria.

La doctrina moderna siempre ha considerado, si bien de modo distinto, este elemento al caracterizar la hipoteca. Como tal se recoge en la mayoría de las definiciones.

El origen parece estar recogido desde la doctrina alemana del *Wertrecht* (término con el que se designa un complejo de Instituciones que tienen por característica común el estar referidas al valor de la cosa). Entre este tipo de derechos se ha clasificado a la hipoteca.

Centrada la esencia del derecho real sobre el poder inmediato material en la cosa, y rechazado por la crítica en el de hipoteca, es preciso buscar otros elementos sobre que basar la realidad de este tipo de gravamen. La teoría del valor en cambio fue recogida como elemento especí-

fico, de los derechos reales de garantía.

Para ello es preciso dividir conceptualmente a la cosa (más tarde los derechos sobre la base de la inherencia) en sustancia y valor. Hay, se dirá, derechos que recaen sobre la sustancia (en general los de goce) y derechos sobre el valor (de garantía).

El valor es, entonces, una utilidad de la cosa, pero la cosa juega en ambos casos de modo distinto: en los primeros como fin inmediato, en los segundos como medio, como instrumento con el que lograr la satisfacción del acreedor; a través de la realización, enajenación forzosa. Por ser utilidad de la cosa el derecho es real.

Por la vía de abstracción un sector de la doctrina - considera a la sustancia y al valor como elementos objetivos separados. La hipoteca recae, así considerado, sobre el valor en cambio que es su objeto directo. La garantía real no es sino la enajenación del valor de la cosa (1) que se verifica desde la constitución, por tanto el ius distrahe el factor formal más importante.

(1) CHIRONI. Trattato del privilegio delle ipoteca e del pegno. Vol. I, pag. 45 y ss. Milano 1917. Su punto de vista sustancialmente es el siguiente: los derechos de goce sujetan a la cosa, para disfrute de su titular, mediante lo que la "cosa es", mientras en los derechos de disposición se mira a la cosa no por lo que es sino por lo que vale, esto es, por su aptitud para ser convertida en dinero.

Posición que no tardó en sufrir los embates de la crítica. Otro sector de la doctrina opone las dos consideraciones fundamentales de que la hipoteca despliega sus efectos antes de la fase de ejecución, y de que no siempre se llega a realizar el valor sin que por ello se resienta la eficacia de la garantía (1).

Finalmente se observa que el valor no es un bien "per se stante" sino una "cualidad" de la cosa por lo que no puede ser objeto (Barassi advierte que en cuanto a los derechos de garantía no sólo se utiliza el valor en cambio, sino también el valor en uso. La utilización de valor en cambio es ya goce del fundo)(2).

La multitud de posiciones, las más de las veces contradictorias, pone de manifiesto la inestabilidad del planteamiento y el peligro del punto de partida. Más adelante al exponer en concreto lo que se ha calificado de "difícilísima cuestión" de la naturaleza de la hipoteca veremos -

(1) Se distingue la presencia de una fase formal -deber de abstención- y una fase sustancial, poder de utilización directa de la cosa por parte de sujeto activo que en la hipoteca está sustituido por aquel, de impronta netamente procesal, de provocar la ejecución de la cosa por la autoridad judicial. Un sector de la doctrina deduce de esta construcción la necesidad de distinguir una fase de naturaleza real y otra de naturaleza procesal. Vide DOSSETTO: Natura giuridica del diritto di pegno. Cit. DOSSETTO, Teoria della comunione. Padova 1948, pag. 5, n. 7.

(2) BARASSI. Diritti reali. Cit. págs. 23 y ss. Vide además n. 22 págs. 61 y ss.

con más detalle las repercusiones de esta construcción.

Y es que, también el "valor de cambio" se ha desplazado de su lugar. No es como objeto de los derechos de garantía como se debe considerar sino como "principio" de la relación. Lo cual no supone restarle interés sino dotarle, por el contrario, de mayor relevancia a la hora de interpretar y de estudiar unitariamente los diversos poderes, derechos, facultades y deberes en que se desenvuelve la relación.

Algunos autores, distinguiendo derecho al valor y derecho sobre el valor de un bien determinado, consideran la hipoteca dentro del primer grupo, en este sentido se habla de derecho real de realización de valor (1).

Según la teoría clásica los derechos reales recaen sobre cosas del mundo exterior directamente. El contacto directo e inmediato con la cosa es esencial. La cosa ha de ser individualmente determinada (2) esta cosa es el objeto

(1) Es la construcción, anteriormente expresada, de KOHLER y CHISONI: etc. Como Derecho al valor VI Rubino, ob. cit. pág. 6.

(2) El derecho real es un derecho que recae directa o indirectamente sobre una cosa determinada individualmente, de la cual permite obtener, sin que precise de intermediario, a la persona obligada la utilidad total o parcial, y que exige a todos un respeto igual pero puramente pasivo. Es la definición de Accarias "Compendio de Derecho romano, 3ª ed. pág. 449, completada por la de Laurent y por la noción de utilidad legal. Vide cit. Rigaud, El Derecho real, pág. 85.

del derecho. La exigencia de que sea individualmente determinada deriva de que el derecho real ha de sujetarla y llegar a imprimirse sobre ella, con la misma intensidad con que el sello se graba en la cera.

De aquí toda una gama de consecuencias: no caben derechos reales sobre cosas futuras; el derecho real es esencialmente indivisible sólo se puede salir de la indivisión mediante la partición de la cosa; la misma cosa es la que debiera ser demandada en justicia si pudiese comparecer y defenderse; porque la acción se da "in rem", el derecho real dura tanto como su objeto, al menos potencialmente.

Frente a esta posición la doctrina obligacionista censura el defecto de análisis respecto del verdadero objeto del derecho. El titular del derecho real no tiene un derecho sobre la cosa, menos aún directo e inmediato. Objeto del derecho real no es la cosa, la cosa forma el sustrato no el objeto del derecho real sino el poder de exigir de todos el cumplimiento de un "non facere", es decir de una obligación: *jus et obligatio sunt correlata*". Sobre estas bases se censura a la doctrina clásica de materialista, al identificar derecho y cosa, y de antisocial, por responder a una concepción individualista.

En esta teoría se manifiesta una clara confusión entre objeto y contenido del derecho.

La que hemos llamada anteriormente doctrina ecléctica, acepta de la clásica el que la cosa sea objeto del derecho real. Pero, no obstante, el poder directo e inmediato sobre la cosa va cambiando de sentido. Porque señorío es ahora el reconocimiento de una libre iniciativa, de una voluntad más o menos dinámica según la naturaleza de la utilidad contenida en la cosa objeto del derecho real (1). Es el dinamismo productivo la razón de ser del reconocimiento del derecho real primario; propiedad, el más eficaz instrumento de la producción nacional.

De aquí que este poder inmediato o interno se considere más como elemento económico. La abstención de los demás, en definitiva los modos de defensa, es el elemento formal. De la síntesis de ambos elementos jurídico-económico, externo e interno, brota el derecho real.

También, en consecuencia, la noción de cosa ha variado de sentido, o, mejor, ha quedado en segundo plano la noción de "res" como elemento del mundo de la naturaleza, externo, corpóreo, material, para ponerse en primero los modos de utilización; en suma, el interés o utilidad que puede reportar.

(1) BARASSI. Diritto reale e possesso, cit. pág. 29 y ss. El derecho real resulta del connubio del elemento formal (Exterior) con el elemento económico (interno).

Cada utilidad de la cosa, o cada interés digno de ser tutelado es objeto de un derecho real. Una misma cosa puede así ser soporte de diversos derechos reales, basta la posibilidad de desglose en diversos aspectos. Una de estas parcelas de utilidad, tal vez la más rica en consecuencias, ha sido la del valor; valor en uso, valor en cambio, y sustancia. Sobre ella se ha montado una clasificación, seguida por la casi generalidad de la doctrina, de los derechos reales. Más adelante volveremos sobre esta interesante cuestión. Los derechos reales de garantía recaen, se dice, no sobre la cosa, sino ^{sobre} su valor en cambio o Valor de realización. En ellos sólo se utiliza del fundo su valor - en venta (1).

Esta construcción, dejamos adelantado, no está exenta de reparos; uno de ellos, comunmente admitido, es el de hacer objeto de derecho a simples cualidades, dificultando con ello la visión del derecho real.

Nosotros estimamos que la conexión y utilidad de las posiciones antitéticas examinadas debe centrarse en un nuevo planteamiento de la interdependencia entre derecho real, relación real y objeto.

(1) El valor, no obstante, no es utilidad, es, como sostiene ENNECERUS, tomo I, pág. 622 "el grado medido en dinero, de la utilidad de un objeto. El grado de utilidad expresado en trueque retribuido.

Abordar este intento es una de las causas que justifican el por qué de este trabajo, la elección del tema y su desarrollo; a lo largo de la exposición aleteará este esfuerzo sin otra pretensión que la modesta de presentar un nuevo enfoque posible con el que alcanzar muchas de las oscuridades que hoy tiene planteadas la doctrina.

Es comúnmente admitido que el objeto especifica los derechos, o, mejor, que los derechos se especifican por su objeto. Del mismo modo se afirma por la generalidad de la doctrina moderna que objeto y cosa son cuestiones distintas, y que no conviene confundir objeto y contenido del derecho.

Todos estos elementos integran, o entran a formar parte principal de la estructura del derecho.

Los derechos reales recaen, efectivamente, sobre cosas. La realidad es, por tanto, característica común y esencial. La hipoteca como derecho real sigue en esto la regla general. El valor en cambio es una medida pero no el objeto del derecho real.

Ahora bien, la cosa no es sino el soporte material del derecho; actúa de medio catalizador, justifica el por qué de la concesión o del reconocimiento del derecho y con arreglo a su naturaleza determinará su tratamiento jurídico.

Los bienes satisfacen una exigencia de la sociedad, su distribución, modo de producción, explotación etc. no

son irrelevantes para el Derecho en cuanto que es misión del ordenamiento jurídico canalizar, coordinar y regular los intereses dimanantes para la recta ordenación de la sociedad.

La cosa es, en todo caso, un factor o medio de relación social y jurídica. En la relación real hay cosas y actividad; relación real sobre bienes productivos implica producción, explotación, dinamismo. Que la relación real sea estática no se opone a la acción impulsiva; equivale a permanencia, continuidad, pero continuidad dinámica. Por lo mismo el derecho real no es sólo un límite, sino una colaboración, un modo de concurrencia en la explotación jurídicamente reconocido.

Por ser inherente a la explotación, en la relación se dan deberes y poderes, se determinan líneas de conducta, actividades y abstenciones conforme a la potencialidad económica y destino de la cosa. Para hacerlo efectivo el Derecho posibilita jurídicamente su ejercicio, manteniéndolo y defendiéndolo de posibles ataques, señalando cauces de actuación en vista de las consecuencias sociales y de la repercusión en el bien común.,

Derecho real y relación real son distintos. Una cosa es el derecho de usufructo, derecho a percibir frutos "salva rerum sustancia" y otra la relación real usufructuaria. La relación real usufructuaria se posibilita y diri-

ge por el derecho real de usufructo, pero es separable de él. Con la relación real se ponen en contacto dos titulares que participan en el rendimiento o potencial económico de una cosa. La relación se establece en y a través de la cosa, o, al menos, con ocasión de la cosa.

Por ser la cosa susceptible de varios aprovechamientos son posibles diversos derechos reales en ella apoyados. De este modo hay que entender la distinción entre sustancia, individualidad económica, y valor de realización. Caben ciertamente derechos reales que primordialmente se refieren a la sustancia y derechos reales que recaen más directamente sobre el valor. Pero ambos tipos de derechos tienen como sustrato común la relación real y, por lo tanto, ambos están referidos enteramente a la cosa como a su fuente de producción y al objeto sustancial en que se refiere la cualidad de valor. En los derechos reales de garantía no se puede aislar el valor de realización dotándole de sustantividad como objeto específico de este tipo de gravámenes, con detrimento de la sustancia. La relación real recae directamente sobre toda la cosa durante el tiempo que el gravamen subsiste; en esta vinculación actual, no potencial, radica su esencia; relación real que afecta internamente a la propiedad en toda la intensidad y extensión a que alcanza la garantía. La relación real tiende al cumplimiento normal del fin a que se destina; si este modo normal no se consigue se actuarán todos los resortes que el derecho en ella apoyado

contiene; vencimiento anticipado, antes del plazo por el que se constituyó, derecho subjetivo procesal a provocar la realización de valor en pública subasta, ejercicio de la acción de devastación..., que no son otra cosa que modos de hacer valer o ejercitar, por la cesación del derecho, la relación real hipotecaria. Junto a la fase primordialmente estática en la que vive el gravamen la fase más dinámica de su realización.

El vínculo jurídico, sobre que se centra la relación real actúa de principio de absorción durante toda la fase de seguridad del derecho real hipoteca. Esto implica la adherencia y extensión del gravamen no sólo a los bienes a que por su constitución estaba afecta, sino a la misma dinámica del dominio sobre los mismos; accesiones, mejoras, frutos, rentas, aumentos naturales e industriales..., resultan de esta manera vinculados, unificados por la fuerza atractiva de la relación, del mismo modo las facultades inherentes al derecho de propiedad, cuyo ejercicio se encuentra con el límite, al ponerse en acción, de otro derecho concurrente. No se trata de un extraer facultades vg. disposición del valor, sino, de alguna manera compartirlas; un contar con, no un perder.

La hipoteca en la fase de seguridad constriñe la voluntad del dueño en el campo de su actividad material, es decir en la realización de los actos que derivan de su facultad de goce, y en el campo de su actividad jurídica pro

duciendo alteraciones en la facultad de disposición (1).

Y constriñe la voluntad del dueño porque en adelante habrá de contar con que junto a su relación de propiedad existe, y de ella participa, otra relación real. Esta relación real, en el aspecto activo, confiere a su titular un señorío o poder inmediato sobre la cosa a través del - cual se interfiere en el campo operativo del titular, oponiéndose a ciertas actividades del dueño, o imponiéndole una actividad determinada vg. ejercitar un derecho, usar una facultad etc. Desde este punto de vista la relación real determina el alcance jurídico de los actos con la amenaza, si se quiere, de un poder de agresión que, por adherirse directamente a la cosa "adversus omnes", tiene contextura real.

De así, desde este planteamiento, como puede comprenderse el estudio del objeto de la relación real hipotecaria, y, dentro de ella, el objeto del derecho de hipoteca.

Objeto de la relación real hipotecaria es la cosa sobre que aquella recae; el bien sobre el que se imponga, es decir, la entidad material o económica individualizada. Esta sustancia implica una causa formal que le dote de relevancia jurídica, que permita su inserción en el ámbito - del ordenamiento jurídico. La causa formal del objeto de

(1) GINOT LLOVATERAS, El arrendamiento concertado por el deudor con posterioridad a la constitución de la hipoteca en "A.D.C. 1955, VIII, 2 pag. 1181 ss".

la relación es la que pone en contacto la realidad social y jurídica. Hace posible la irradiación del Derecho en su función conformadora. La causa formal presupone un destino concreto, específico, de la entidad sustancial para ser objeto de la relación. Precisamente por esto las relaciones se especifican por su objeto. Causa sustancial y formal son términos que se implican recíprocamente y por consiguiente no separables a efectos de conceptuar el objeto. Por esto es errónea la posición de quienes, como MAIORCA, con la intención de criticar la teoría del valor como objeto, estiman que objeto no es ni el valor ni la cosa, sino - una particular relación del acreedor con la cosa vinculada: relación de seguridad, "a título de garantía" (1).

La contemplación del destino específico por la causa formal se manifiesta en doble sentido.

a) En la exigencia de notas particulares a la entidad sustancial. Así para ser objeto de hipoteca se requiere que la cosa tenga un valor en cambio, que sin ser inherente a la noción de cosa lo es a efecto de hipoteca; del mismo -

(1) MAIORCA. Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui, ob. cit. págs. 116 y ss. "El inmueble, indicado en la nota de inscripción, y que después de la inscripción resulta gravado no es ya "bien", como "objeto" (en su complejo material) del derecho real de garantía, sino es un extremo de referencia para la determinación del vínculo de seguridad que viene medido sobre una determinada suma. Esto explica por qué un mismo edificio puede asumirse en su precio total. Como referencia para más de un vínculo hipotecario". Se observa, además que MAIORCA confunde, como en general la doctrina italiana, derecho y relación.

modo se requiere a efectos de hipoteca que sea una entidad registrable, que sea apta de una sujeción jurídica...

b) En el dotar de una unidad, la unidad que requiere el destino, a los elementos componentes de la entidad sustancial: La unidad se basa en la conexión del elemento material o económico y del formal o jurídico, al imponer al material una especial situación o destino. Aplicando este criterio a la hipoteca se explica cómo la relación real hipotecaria se inserta dentro de la totalidad de los elementos que constituyen su objeto ya que todos ellos componen una misma cosa.

Pongamos por caso la hipoteca de una empresa agraria. El objeto de la hipoteca será la finca dentro de la unidad orgánica; constituida por elementos materiales físicos, económicos y jurídicos. El destino determina la unidad real y es la causa de atracción de todas las cosas dependientes o al servicio (muebles e inmuebles) de la explotación (1).

Pues bien, cuando a esta empresa agraria se impone el destino de servir de garantía, no por ello se desintegra el anterior, se mantiene inalterado, pero ahora una nueva

(1) La explotación no es objeto jurídico, ni objeto distinto de la finca, sino una especial situación del fundo (estar en explotación, ser finca de cultivo). Vide FEDERICO DE CASTRO, El Derecho agrario en España, A.D.C. VII, 2 pág. 396.

causa formal viene a sujetarlo en su totalidad. Así vg. si el titular de la empresa agraria es propietario de la tierra no debe admitirse la separación de la hipoteca de la - empresa agraria y la de las tierras sometidas a dicha explotación. Se trataría entonces de una hipoteca inmobiliaria(1).

Por lo mismo la maquinaria industrial se halla sujeta a hipoteca inmobiliaria cuando concurren estos requisitos:

- a) que estén instalados y destinados por su propietario a la explotación misma,
- b) que directamente concorra a la explotación de la industria,
- c) que se imponga e inscriba no sobre la finca y sobre la maquinaria.

Cuando está integrando la unidad del conjunto, la relación real de hipoteca recae también sobre la explotación.

El objeto de la relación real hipotecaria vendrá, - en suma, determinado, por la integración de los elementos - componentes de la entidad material (física o económica) y de la entidad formal (destino, qualitates praediorum etc.), cuando "formen parte del contenido del inmueble hipotecado y que se deduzca de su descripción, indicaciones y datos -

(1) VALLET, R.D. Notarial, VIII, 1955, pág. 52.

que permitan unirse económica y jurídicamente al predio" (1).

Hagamos un inciso para ver, a la luz de estos principios, supuestos particularmente debatidos por la doctrina al indagar cuál sea el objeto sobre el que recae el gravamen:

3) Supuestos particulares

a) Hipoteca del derecho de usufructo

Para unos, y es la opinión dominante, la hipoteca recae sobre el derecho a percibir frutos. Lo que se hipoteca no es el usufructo, sino el derecho a percibir frutos. Si - la hipoteca equivale a una potencial transmisión de la cosa o de derecho gravado, la ejecución hipotecaria del usufructo - implicará la cesión forzosa de aquel derecho a percibir frutos de la cosa usufructuada, que tienen naturaleza real, - pues el adquirente tiene un derecho indirecto al disfrute, - y no un derecho de crédito contra el usufructuario (2).

(1) Vide Res. 19-XI-1943. Estima que una red de distribución para el alumbrado eléctrico que se hipoteca juntamente con una fábrica electro-harinera, según se desprende de los certificados aportados, forma parte del "contenido" - del inmueble hipotecado.

(2) ROCA SASTRE, Derecho hipotecario, ob.cit. pág. - 602.

Para otros la hipoteca del usufructo se extiende a todo el derecho, no sólo al ejercicio (1).

Más recientemente sostiene VALLET, desde su posición de la hipoteca como una forma de sujeción, que la hipoteca del usufructo no puede significar su cesión potencial, sino la sujeción de la producción de la finca desde la raíz productiva de la misma con fines de garantía (2).

Con arreglo al criterio que vamos examinando la hipoteca del usufructo no recae directamente sobre el derecho a percibir frutos, ni estrictamente sobre la cosa misma usufructuada (que no pertenece al titular pasivo de la hipoteca), sino sobre la cosa hipotecada, (en su entidad material y formal, es decir, con su función económica y social) dentro de la relación de usufructo. Precisamente por esto sujeta a la producción de la finca desde la raíz productiva. - Por lo mismo, si se modifica por dolo, culpa o voluntad del dueño la función económica y social de la finca, o se perjudican las legítimas facultades del usufructo, ^avg. como consecuencia de una división material por el nudo propietario, - el acreedor podrá exigir la intervención del usufructuario

(1) ORTEGA PARDO, La hipoteca del usufructo y su extinción. "R.D.P. 1946, pág. 825, nº 356".

(2) VALLET, Hipoteca del Derecho Arrendaticio. Cb. - cit. 1951, pág. 104.

o ejercitar ante su inercia la acción de devastación (1).

Esto explica también el por qué, extinguido el derecho real de usufructo por acto voluntario (renuncia, consolidación), la hipoteca continúa gravando la relación real usufructuaria que permanece y pervive incluso a la extinción del derecho; la misma relación de usufructo se encuentra trabada por la relación hipotecaria. Fenómeno que, por lo demás, no es anómalo ni extraño al Derecho como algunos creen apoyándolo en razones de estricta equidad o al menos con argumentos no jurídicos (2):

(1) Vide la interesante R. de 24 de diciembre de 1934. Vide también R. 27 de diciembre de 1934.

(2) La situación no es anómala, se produce también en los supuestos de enfiteusis: Extinguido el derecho de enfiteusis por comiso se mantiene la hipoteca; también se da idéntica situación caso de hipoteca del derecho de superficie cuando se extingue este por causa voluntaria (otros supuestos arts. 513 y 1626 CC.). Según el artículo 518, el usufructuario continúa caso de siniestro en el goce del nuevo edificio si se construye. Situación difícil de explicar para cuantos sostienen que el derecho real tiene como objeto la cosa a la que es necesariamente inherente; cosa que además requiere ser presente y actual. Este, sería ~~con~~ esta concepción, un supuesto de derecho real sin cosa desde el siniestro a la construcción o un derecho real sobre cosa futura; el nuevo edificio, lo que sería también anómalo, si se centra el derecho real en el poder material o físico sobre la cosa.

En todos estos casos el derecho real se ha extinguido, pero no así la relación real básica que se mantiene inalterada. De aquí que si "revive", el derecho continúa apoyado sobre la misma relación que le sirve de base objetiva y que permite unificar en el tiempo todas las consecuencias derivadas, ya antes de la extinción del derecho, pago de pensiones etc., ya simultáneas, ya posteriores. La relación jurídica es la base de sustentación de los derechos.

Lo mismo sucede en la esfera obligacional. Siendo principio general en materia de obligaciones que la confusión

b) Hipoteca de la nuda propiedad

Lo mismo que en el supuesto anteriormente examinado, la hipoteca de la nuda propiedad sujeta, desde luego, la cosa dentro de la relación real. La nuda propiedad no es un vación jurídico-económico. La razón de que la nuda propiedad subsista después de constituido el usufructo, dice Cossío, - no es la posibilidad de que al extinguirse este el propietario recobre el goce que hoy le está prohibido, sino más bien que aquel conserva un mínimo de disponibilidad, aunque se trate tan sólo de un residuo de aquella que en el esquema originario se ofrece como máxima, lo cual es fácilmente comprobable si se tiene en cuenta el poder decisivo que el propietario conserva en orden al destino económico de la cosa (1). Precisamente este destino económico es el que retiene la hipoteca, en la fase de seguridad.

de derechos los extingue (1192 CC.), tratándose de un derecho de arrendamiento éste habrá de extinguirse cuando las personas de arrendador y arrendatario se fundan en una. Tal extinción no afecta al subarrendatario (amparado en el título superior de dominio que ahora tiene el arrendatario anteriormente concertante). Y es que el subarriendo es una relación jurídica dependiente del arrendamiento en su constitución; no puede estipular contrato de subarriendo quien no es arrendatario. Pero una vez nacida, la relación subarrendataria puede llegar a ser autónoma con relación al arrendamiento y puede, por tanto, sobrevenir a este cuando el subarrendador adquiera, simultáneamente a la resolución del contrato de arrendamiento un título respecto a la finca superior al de arrendatario.

Vide S.T.S. 1 marzo 1957; 30 octubre 1958. Vide coment. hecho a esta sentencia en Rev. "A.D.C. XII, I, 1959, pág. 394".

(1) COSSIO. La nuda propiedad, "A.D.C.", 1956, IX, 2, pág. 746".

Por las mismas razones, extinguido el derecho (consolidación, confusión) la hipoteca continúa gravando la relación real sin que, jurídicamente hablando, se puede hablar de extensión. La nueva situación estaba ya contemplada en la anterior; no se trata tanto de una ampliación sobrevinida a un eventual derecho futuro, como del resumen de la comprensión de la total integridad de la relación real asegurada por la hipoteca. Cuando la causa de la extinción afecte al vínculo que media entre el nudo propietario-usufructuario, se produce la extinción de la hipoteca al uso y goce (1). Por dos razones: la primera, porque la hipoteca grava la cosa en la relación real usufructuaria, dentro de la que concurren dos derechos distintos, de nuda propiedad y de usufructo, que tienen sustantividad propia e independiente. Por esto la hipoteca de la nuda propiedad se adhiere al derecho de usufructo-uti-frui, cuando no jueguen en este las motivaciones que determinan la propia sustantividad e independencia; cuando desaparezcan las razones jurídico-sociales a que sirve; en definitiva el común aprovechamiento de una cosa por dos titulares distintos, uno temporalmente y ambos dentro de los límites de la concurrencia del derecho de otro (2). Circunstancia que deja de

(1) Seguimos en esto la opinión dominante, Venezian op. cit. pág. 372, COSSIO, ob. cit. pág. 770.

(2) Sobre el contenido económico de la nuda propiedad véase El usufructo de la nuda propiedad. Moreno QUESADA "A.D.C. 1959, III, 2 págs. 535 y ss".

La nuda propiedad nunca es un molde vacío. Ni siquiera existiendo un usufructuario con facultad de vender. Vide Res. 23 junio 1905.

producirse cuando el usufructuario adquiere la propiedad o cuando cede el usufructo al propietario.

La segunda razón es porque, sin duda, el acreedor hipotecario contaba con el mayor valor que había de tener la cosa hipotecada al extinguirse el usufructo, mientras que en los demás casos el mayor valor sería una ventaja no tenida en cuenta al constituirse el gravamen.

c) Hipoteca del Derecho de superficie

El derecho de superficie reviste, dice LA RICA, una naturaleza doble, pues por una parte es una propiedad limitada y temporal y por otra es un gravamen del dominio del suelo (1).

Se trata, en suma, de dos derechos de propiedad concurrentes y en la medida de su concurrencia recíprocamente limitados.

Teniendo en cuenta el fin social al que la superficie sirve, dar impulso a la realización de las ordenaciones urbanísticas o agrarias, la hipoteca del derecho de superficie está llamada a desempeñar una importante misión.

La hipoteca del derecho de superficie no recae directamente sobre el derecho a construir (por lo mismo no es un derecho sobre otro derecho).

(1) LA RICA, Comentario a la Reforma del Reglamento hipotecario, Madrid 1959, pág. 33. Vide también el comentario que a la Ley 12 marzo 1956 hace MAZQUITA DEL CACHO, "R.D.P. 1957, pág. 753".

Tampoco recae exclusivamente sobre la construcción (en la mayor parte de los casos se trataría de un derecho real sobre cosa futura). La hipoteca, al menos durante la fase de seguridad, viene precisamente a reforzar la relación real de superficie. Al acreedor, en efecto, no le es indiferente el modo en que se ejercite, pudiendo servir la garantía de instrumento para impulsar la actividad del superficiario, en beneficio de la seguridad que para el hipotecante representa el gravamen. Más aun en cuanto que el incumplimiento de las condiciones pactadas, no realizarse las obras en el plazo - convenido, no ajustarse a las características generales, destino etc. puede acarrear la extinción del derecho.

Por lo tanto la hipoteca sujeta directamente la entidad objetiva, material y formalmente, dentro de la relación real de superficie, que es actual desde su inscripción. Desde ese momento tiene transcendencia real aun cuando la construcción no haya sido iniciada. Por eso la hipoteca tiene ya su objeto desde la construcción. Lo construido, en tanto vaya surgiendo a la realidad externa, se encuentra ya vinculado mientras el plazo de derecho de superficie tenga vigor. Precisamente por la unidad de la relación el gravamen hipotecario se adhiere a lo construido y al derecho de construir.

Por consiguiente y siguiendo la cuestión desde donde páginas anteriores la dejamos, la relación real hipotecaria tiene como objeto una cosa bien únicamente en sí misma en cuan

to inserta en una determinada relación jurídica. Como ejemplos demostrativos de esto último hemos estudiado la hipoteca del derecho de usufructo, la de la nuda propiedad y la de la superficie.

Consideración aparte merecerían los supuestos de hipoteca de concesiones (1) y del derecho del retracto (2) et cetera.

(1) La Concesión, dice WOLF, no es la transferencia en Derecho privado de una explotación ya existente sino la creación por acto oficial de la autoridad de un derecho de explotación hasta entonces inexistente. Efectivamente es la concesión la que da vida real a la explotación. En tanto que la explotación da el carácter de unidad objetiva a los distintos elementos que puedan integrarla. Las partes integran un conjunto por hallarse afectadas a la explotación. Vide Res. 27 marzo 1957. Cada finca se inserta así en un plan de producción en el que cobra unidad cosas, rendimientos, capital. A todos ellos en conjunto puede afectar el gravamen, apoyado actualmente en la entidad productiva que integra la relación. Soporte objetivo y cualificación formal. De este modo la hipoteca garantiza, por su integración, las mismas condiciones especiales de la concesión cuya infracción pudiera determinar su caducidad. Vide art. 67 R.H. en su nueva redacción.

(2) Lo que se hipoteca, dice ROCA, es el derecho de retracto en sí valga lo que valiese. Este criterio encuentra el obstáculo legislativo, en la redacción del nº 8, 107, de exigir al acreedor hipotecario que ejercite previamente el retracto para, una vez que los bienes estén en poder del deudor, proceder ejecutivamente. Para ROCA este rodeo es criticable por complicado, lo procedente sería el permitir que la ejecución hipotecaria se dirigiese directamente a la enajenación forzosa del derecho de retracto.

VALLET mantiene la tesis de que lo que se hipoteca es la cosa, autorizándose al acreedor hipotecario para que se subrogue a su deudor en el cumplimiento de la condición suspensiva de que pende el derecho. Esta facultad del acreedor no es necesaria concebirla separadamente de la hipoteca de la finca ya que es una consecuencia de la naturaleza del derecho que tiene el hipotecante. Vide VALLET, Hipoteca del derecho arrendaticio ob. cit. pág. 98.

Dentro de la relación real, como un elemento y manifestación externa de ella, el derecho de hipoteca confiere al acreedor una situación de poder concreto (1) y a cuya voluntad se deja el ejercicio (licere) y defensa (protectio) del interés.

El interés, en la garantía tiene una doble manifestación. Una primera, durante la fase de seguridad, antes del incumplimiento, en que la integridad, material, jurídico-económica, de la cosa alcanza su mayor relieve por estar "sujeta directa e inmediatamente", y otra segunda que contemplando de modo especial la posibilidad de incumplimiento se centra preferentemente en una magnitud de la cosa, la de su valor de realización.

Esta posición se encuentra con la dificultad de que la finca no está actualmente en el patrimonio del hipotecante y por lo tanto, antes de la efectividad del derecho de retracto, se trataría de una hipoteca sobre cosa futura o por lo menos de una hipoteca sujeta a condición.

A nuestro juicio la hipoteca recae sobre la relación establecida entre la cosa y el patrimonio del titular retrayente, relación que es actual, no futura y que determina desde su nacimiento la cosa afectada.

PUIG BRUTAU lo expresa en estos términos: Cuando el derecho de adquisición preferente tiene naturaleza real ya existe inicialmente la relación jurídica, caracterizada porque en sus dos extremos se han situado los conceptos de poder y responsabilidad y está determinada desde el principio la cosa afectada por la posibilidad de que el sujeto de poder procure la satisfacción del interés que tiene protegido sin necesidad de contar con un acto de prestación del sujeto pasivo de la relación. Vide, PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de cosas. Bosch 1953, pág. 592.

(1) Los derechos subjetivos son unidades independientes, pero siempre dentro de una relación jurídica. Existen como elementos y manifestación de ella; es la que les presta

Esto nos lleva a determinar cual sea objeto del derecho real de hipoteca. Si el objeto forma la materia del contenido del derecho subjetivo, en la hipoteca será la cosa - vinculada en su integridad, sustancia y valor, o, si se quiere, como sustancia en que radica la cualidad de valor.

sentido, la que constituye su última base jurídica y cuyo principio director les da su especial matiz jurídico. Vide FEDERICO DE CASTRO, ob. cit. pág. 645.

CAPITULO TERCERO

La hipoteca modifica el uso y el goce de la casahipotecadaI.- Notas orientadoras

Es objeto del presente capítulo el estudio de la --
eficacia actual de la hipoteca en la fase de seguridad, con lo
cual demostraremos, en primer término, que no se trata de una
potencialidad o eventualidad sino del despliegue eficaz de un
derecho nacido ya, con plenitud jurídica desde su nacimiento --
(que es el momento de su constitución y no el del impago o rea-
lización). En segundo término quedará de manifiesto que la vi-
da de este derecho ya nacido resultaría invertebrada de no am-
pararse en la consistencia que le imprime la relación y el de-
recho reales.

A pesar de que en las páginas anteriores rechazamos
la concepción de la propiedad como suma de facultades y, por
ende, los derechos reales como limitaciones o derechos fraccio-
narios de la propiedad, no obstante, ahora, por utilizar unos
criterios que nos son familiares nos ocuparemos de ver el im-
pacto de la hipoteca en lo que se consideran las facultades --

primarias de la propiedad. Sin entrar tampoco, por lo mismo, a determinarlas ya que, en consecuencia, estimamos erróneo el planteamiento de cuál sea la última facultad sobre la que pueda radicar el derecho (1).

Comunmente se admite que la hipoteca deja intactas las facultades materiales de la cosa al propietario. Más aun, y por lo mismo, algún sector de la doctrina se apoya en ello para eliminarla del campo de los derechos reales (2).

Por el contrario, como intentaremos demostrar, el vínculo hipotecario constituye una limitación del derecho de propiedad, con quien concurre, en todo lo que pueda lesionar - al derecho del acreedor; deteriorando la cosa, disminuyendo el valor, la posibilidad de realizarlo etc. lo que significa y representa una traba impuesta al ejercicio de las facultades que integran el contenido del dominio. Y, desde el punto de vista del contenido económico, la hipoteca recae directamente sobre la sustancia y, por ende, sobre el valor; sujeta - al valor en uso (equivalente, al goce) y el valor en cambio

(1) Sobre esta cuestión PLANIOL, ob. cit. cree que en el ius abutendi. CARNELUTTI más recientemente considera que en el disponer para gozar, Teoría General del Derecho ob. cit. - pág. 255. Más adelante haremos mención de la discutida facultad de disponer. GORLA ve la esencia del derecho real en la limitación de la facultad de gozar, no en la de disponer. V. Garantie reali delle obbligazioni (Milano 1935), etc.

(2) Vide GORLA para quien por no limitar la facultad de goce la hipoteca no es un derecho real, ob. cit. El derecho real - limita, según él, la facultad de goce de la cosa, mientras el vínculo de indisponibilidad limita la facultad de disponer - del derecho. Solo son derechos reales, en su opinión, los de goce.

(equivalente jurídico; la disposición), por eso no es extraño que se haya pensado en la limitación, incluso de la facultad de administración (1). Y esto es verdad, si se considera que son actos de administración los que se efectúan en cosa jurídica en orden a su debida explotación económica sin afectar a los derechos o relaciones de derecho en que se halle (2). En efecto, el propietario de la cosa tiene, después de la constitución del gravamen, que sujetarse a una regular administración de la cosa exigiéndosele un determinado deber de diligencia que tiene manifestaciones positivas y y negativas (3). Su administración viene enmarcada en estos dos límites: conservación de la cosa conforme a su destino e inalterabilidad de su integridad material, jurídica o económica. Por esto, si bien sea indirectamente, la hipoteca recae sobre la Administración; explotación regular de la finca conforme al destino económico que haya tenido hasta ahora. Así, en determinadas circunstancias, se le puede imponer administración judicial. Las irregularidades de su administración (art. 117), el salirse de los

(1) Corresponden al acreedor inscrito derechos de conservación de su garantía, en el sentido de que el concedente y también el tercer poseedor encuentran una limitación de la facultad de disposición y de administración de los bienes en la obligación de no disminuir la eficacia de la garantía, esto es, de respetar el derecho real que grava los mismos bienes, vide FILIPPO PALUMBO. La concessione d'ipoteca da parte del Terzo, Padova 1937, pág. 32.

(2) Sobre el concepto de acto de administración "R.G.L.J. tomo 147, 1925, pág. 307".

(3) Vide también PUIG PENA. Esta obligada conducta conservativa del deudor puede tener un matiz negativo al omitir la realización de actos perjudiciales o un alcance positivo en la ejecución de aquellos hechos de contenido material o jurídico que al no realizarse pueden producir las mismas consecuencias. Tratado de Derecho Civil español, t. III, V.2, pág. 289, Madrid 1951.

límites de su actuación posible, el no asegurar, o no renovar el seguro, el concertar un arrendamiento gravoso (si se estima que compete a la facultad de administrar) determinan una serie de restricciones a la libertad de gestión que tiene un propietario normal en sus cosas.

. . .

Es ya tradicional la distinción de facultades en materiales y jurídicas. Dentro de las primeras se incluyen las llamadas facultades de goce en tanto que se inserta - dentro de las segundas la de disposición.

En este capítulo estudiaremos el impacto de la hipoteca sobre las facultades que normalmente, o, siguiendo - una nomenclatura clásica, "naturalmente" integran el contenido del derecho de propiedad.

El derecho real limitado concurre y en esa medida comprime al derecho de propiedad; el propietario debe soportar la intromisión de otro en su esfera de acción sobre la cosa. Veámos cómo se manifiesta esta intromisión del titular de un derecho real de garantía en la esfera jurídica - del dueño de la cosa.

II. La Inmediatividad en la hipoteca. La hipoteca y las facultades materiales.

Las facultades materiales no sólo comportan al propietario el *uti frui*, sino además otras múltiples posibi

bilidades de aprovechamiento y de explotación. A todas podemos englobarlas dentro de la noción de destino. Por esto se ha podido definir la propiedad como el derecho sobre el destino de la cosa (1). Propietario es aquél que determina el destino de la cosa; destino de ser sometida como simple objeto a la voluntad jurídica y a la libre determinación económica.

Desde la inscripción, la vinculación de la cosa, sobre la que se inserta el derecho real de garantía, restringe al propietario la libre decisión sobre el destino; la hipoteca impone un destino a la propiedad afectada. Este destino será, desde la constitución, el de servir a la seguridad de un crédito; lo que lleva consigo un facultar al acreedor a inmiscuirse en la esfera del propietario y evitar con ello el posible daño de su derecho. Este poder, amparado por la ley, se ha configurado por un sector de la doctrina como una facultad de goce en la misma entraña de la propiedad: la de gozar a cargo de la garantía, de una seguridad, de una tranquilidad, que son utilidades muy importantes para la economía del titular (2). Es una relación de la vida social que al ser reconocida por el derecho objetivo se con -

(1) GIRTANER, vide SCIALOJA V. I, pág. 266.

(2) Las necesidades humanas son de la más variada especie. Pueden ser unas la necesidad de nutrirse, otras de instruirse, otras en fin la de sentirse seguro, la tranquilidad de ánimo. Aquel sujeto en cuya ventaja, mejor interés, se ha vinculado un determinado objeto, vive tranquilo. Esto ayuda a iluminar el significado de la realidad de los derechos de garantía, cuyo objeto guarda una -

vierte en relación jurídica; el derecho eleva las relaciones de la vida a relaciones del derecho dotándolas de eficacia, marcándolas con la impronta jurídica.

Si, de modo normal (1), a todo poder corresponde un deber, al poder que la ley confiere al acreedor al sujetar unos bienes ha de encontrar su reverso en un deber correlativo del propietario de la cosa vinculada. Este poder es un poder jurídico, inmediato, directo. La hipoteca sujeta directamente los bienes sobre que se impone, no indirectamente; a través de una eventual enajenación. Precisamente por este poder jurídico-económico, la hipoteca, como derecho real, es inherente a la cosa, e, sirviéndonos de la terminología usual, a través de él se da la inmediatividad, uno de los caracteres señalados comúnmente como esenciales a los derechos reales. La hipoteca es un derecho real que grava inmediatamente la cosa, que recae directamente sobre la cosa, no indirectamente sobre el valor extraído de la misma a efectos de -

seguridad que no se propone sólo en términos psicológicos de tranquilidad de ánimo del acreedor, sino en términos objetivos y jurídicos. La tranquilidad tiene aquí un significado jurídico porque está fundada en el ordenamiento jurídico y en los medios que este proporciona. MAIORCA, Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui, ob. cit. pág. 151 y ss.

(1) Los derechos llamados potestativos en que a un poder no corresponde inmediatamente un correlativo deber tienen carácter excepcional. Es derecho potestativo el ius distrahendi que, por lo mismo, inclusive dentro de la hipoteca tiene carácter excepcional. A la posibilidad de instar la enajenación que tiene el acreedor no corresponde el deber de venta, sino la necesidad, por el poseedor.

una eventual realización. Es, por tanto, en la fase de seguridad donde más nítidamente se manifiestan los caracteres del derecho real de garantía. Y, por lo mismo, cualquier enfoque de la realidad de la hipoteca desde - el prisma del valor o de su realización privilegiada, - no es suficiente para explicar la relación real en toda su dimensión. Es la fase de seguridad la que permite y justifica la fase de ejecución y no a la inversa.

III.- Sentido en que la hipoteca condiciona la administración de la cosa.

El poder jurídico-económico del acreedor sobre la cosa vinculada, implica el deber, por parte del propietario, de conservar la integridad de la cosa al servicio del destino específico impuesto desde la constitución del gravámen. Si el poder es jurídico-económico, el deber tendrá sus mismas características. El deber o la obligación de conservar exige el respeto a la integridad sustancial, física, jurídica y económica del bien o de la cosa gravada.

Esta obligación de conservar se manifiesta en la hipoteca de modos diversos; pero en general son aplicables los criterios de determinación deducidos de situaciones - que llevan consigo análogo deber.

Los actos de conservación pueden desdoblarse, dice GITRAMA (1) en dos tipos diversos la conservación o reparación material de la cosa corpórea, medio de defensa física que evita previamente o mediante las reparaciones subsiguientes a un deterioro las causas de disminución de valor y utilidades de dicha cosa y la defensa jurídica, - por así decirlo, del derecho sobre la cosa cuando surgen obstáculos a su ejercicio o se intentan dislocaciones del mismo.

La palabra "conservación" engloba ante todo cualquier actividad preventiva que evite causas de pérdida o deterioro, pero también la reparación o arreglo de los estragos o alteraciones que ya se hubiesen realizado.

La esencia del acto conservatorio es, por tanto, - el mantenimiento del patrimonio en su estado actual.

Estas actividades vienen exigidas al hipotecante, como una consecuencia inmediata de su obligación de conser-var. Así la actividad preventiva que evite causas de pérdida o deterioro aparece reflejada en el artículo 117 de - la Ley Hipotecaria y protegido por una acción real, la lla

(1) GITRAMA, La Administración de la herencia en Derecho español. Madrid, 1950, pág. 13, ss. y 384 ss.

mada acción de devastación que más adelante será objeto de particular atención. La misma acción protegiendo idéntico interés se concede en los artículos 17 y 18 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria 16-XII-54, en cuyos artículos se hace mención expresa de esta obligación de diligencia debida por el hipotecante y se manifiesta, también de modo inmediato, en la obligación de hacer las reparaciones y reposiciones que fueren menester.

IV.- La hipoteca como relación duradera y la obligación de conservar.

Y es que la posición del hipotecante, dueño o tercer poseedor, está denominada por el que se ha llamado - "principio fundamental de la inalterabilidad de la hipoteca", y que es, hemos dicho, el de conservar inalterado el destino de la cosa a su función de garantía (1). La conservación de la sustancia es un límite del disfrute.

El alcance de esta inalterabilidad, expresa SANZ

(1) La conservación de la sustancia es un límite del disfrute. Así vg. al usufructuario se le obliga a abstenerse de aquellos actos de disfrute que perjudiquen lo que se ha considerado como sustancia de la cosa, y, a más de este deber negativo, se le impone el positivo de realizar las obras y levantar las cargas necesarias para posibilitar un disfrute compatible con la conservación de la sustancia, VENEZIAN, Usufructo Uso y habitación, tomo II, Madrid 1928, pág. 316.

FERNANDEZ (1), es esencialmente económica y tiene una manifestación objetiva, referida al inmueble gravado y otra jurídico-económica que se refiere a la extensión del gravamen hipotecario.

El mencionado autor distribuye en dos grupos - los aspectos concretos en que esta inalterabilidad se manifiesta.

a) inalterabilidad objetiva, equivalente al respeto de la integridad económica. Dentro de este grupo se encuadran el deber de abstenerse de realizar actos que disminuyan el valor del inmueble; deber de realizar en la finca cuantas reparaciones puedan ser necesarias para la conservación; deber de no perjudicar el inmueble, deber de asegurar etc.

b) inalterabilidad jurídica. Dentro de ella la - estabilización en el gravamen y la extensión 1121.4.

Esta obligación de conservar impuesta al hipotecante, dueño o tercero, es una obligación de las llamadas propter rem; sigue a la cosa cualquiera sea su poseedor o en otros términos el titular deviene obligado a -

(1.) SANZ FERNANDEZ. Compraventa de finca hipotecada. Cuestiones de Derecho hipotecario y social. Barcelona 1945, pág. 118.

través de la titularidad de la cosa. Exige del titular actividades positivas y negativas; no solo un "pati",-- abstenerse, sino también a veces un "facere" vg. de hacer reparaciones, etc.

Por esto no es cierta la crítica que algunos - autores, en defensa de la realidad de hipoteca, han hecho a la teoría obligacionista. Así COVIELLO, al argu - mentar que el acreedor hipotecario no tiene necesidad - de la cooperación del deudor para ejercitar su derecho que se concreta en la "persecutio rei erga omnes", por lo que no es obligación. Para que haya derecho real es necesas - rio, pero suficiente, que se tenga poder inmediato sobre la cosa, sin que para el ejercicio de tal poder se exi - ja la actividad de otro, como se verifica en la obliga - ción (1). El defecto en que incurre la teoría que confi - gure la hipoteca como obligación real radica en la uni - lateralidad. La obligación real o propter rem presupone el derecho real; precisamente es el vehículo que permite la pacífica concurrencia del derecho de propiedad y del derecho real de hipoteca.

Que el poder del acreedor sobre la cosa sea pri -

(1) COVIELLO, L'ipoteca e un diritto reale?. Riv. Dir. Civile enero-febrero 1936, pág. 2.

merdialmente económico no elimina su función jurídica, ni es opuesto a la inmediatez en que radica el aspecto interno de los derechos reales según la doctrina tradicional. Resulta extraño el hecho de que ardientes defensores de la doctrina más común de los derechos reales, nieguen que se da en la hipoteca el carácter de inmediatez. Y es que, sin duda, la noción del objeto como cosa por esencia corporal les lleva a considerar que el poder, en consecuencia, para ser inmediato ha de ser material; ha de suponer contacto físico.

Esta exigencia, por el contrario, no es preciso se dé ni siquiera en la posesión donde el corpus, la inmediatez, es el elemento más importante, como tampoco se requiere una constante actividad del sujeto para que la relación real sea duradera y continua (1).

Del mismo modo el nudo propietario, como titular

(1) CARMELO LAZZARA. Note in tema di possesso del nudo proprietario. "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano 1959, pág. 525," "lo expresa así: "La relación de hecho entre el sujeto y el bien por medio de la cual se realiza el elemento interno del fenómeno posesorio debe de ser entendido en sentido económico. No es necesario que el señorío del poseedor se exprese en una constante actividad física, siendo suficiente que se realice a través del disfrute económico del bien.

de un derecho real concu rrente con el de usufructo, goza de inmediatitud sin tener poder material sobre la cosa. También a su poder corresponde un deber de conservar, en otro titular, y reciprocamente. Lo interesante para la relación usufructuario-nudo propietario es que no se altere el destino y la manera de explotar se la cosa. Es decir, se alude a las fuerzas económicas de la misma, a la disposición de sus elementos en cuanto factores de valor, a su potencia y productividad (1); no modificar la función económica y social de la finca y por tanto imposibilitar el servicio de la cosa a los "personales caprichos" (2) son límites impuestos al ejercicio del goce respecto del titular dominical por la concurrencia del derecho real de hipoteca.

Y así durante la fase de seguridad se dan limitaciones a las facultades materiales que no son siempre consecuencia de un presunto proceso de realización, ni

(1) Vide MOXO RUANO, Desmembración de finca usufructuada por el nudo propietario. "La Notaria, año 47, 2º. 3er trimestre, pág. 164".

(2) Como el servirse de la cosa según le agrada al propietario es constitutivo del goce, MANRESA sitúa a la hipoteca dentro de los límites impuestos al derecho de propiedad en su goce y disposición. Vide MANRESA Comentarios al Código Civil Español, ob. cit. pág. 138.

tampoco de una mera vinculación psicológica del deudor a la fase de ejecución.

El fin conservativo que es sustancial al derecho real de hipoteca tiende normalmente a servir de medio de asegurar la cosa a efectos de una posible ulterior enajenación forzosa. No obstante en algunas hipótesis puede no guardar relación tan inmediata con la fase de ejecución. La fase de seguridad tiene autonomía y sustantividad propias, si bien no deja por ello de ser simplemente una fase de todo el desarrollo posible del derecho.

La hipoteca durante la fase de seguridad hace experimentar alteraciones en el contenido del derecho de propiedad al graver directa e inmediatamente a la cosa. Así las que pudieramos llamar facultades materiales, objeto especial de examen en este capítulo, experimentan, entre otras, las siguientes limitaciones derivadas de:

- a) Restringir el ejercicio de la facultad en - cuanto que el resultado del acto material no puede producir ningún efecto perturbador al derecho del acreedor.

- b) el deterioro físico o material, de la finca gravada dará lugar a una acción especial, la acción de devastación, distinta de la acción ejecutiva.
- c) al exigir al propietario una diligente conducta de custodia y administración. Como expresa PUIG PEÑA el deudor debe observar una escrupulosa conducta de atención y cuidado, evitando realizar aquellos actos que puedan suponer en definitiva una desvalorización del inmueble objeto de la garantía (1).
- d) que la cosa debe de conservar su destino económico-social, Aquí radica precisamente una de las bases sobre la que podría revitalizarse la Institución para el logro de fines sociales vg. alcanzar el ideal de que los créditos hipotecarios se destinen a las exigencias de la explotación agrícola y al fomento de la agricultura. En la fase de seguridad - está precisamente el resorte para impedir - actos materiales positivos (vg. un cultivo -

(1) PUIG PEÑA, ob. cit. pág. 285, ss.

peligroso al destino agrario de la finca) o para impulsar la inactividad del propietario ante su incuria o abandono incluso no intencionales (1).

- e) del respeto a la integridad. A este efecto la hipoteca se extiende a las partes integrantes y en determinadas condiciones -por el principio de la conservación del destino- a las pertenencias.

La parte integrante se caracteriza por las siguientes notas: 1) teniendo, como objeto, individualidad

(1) Como uno de los principios o postulados racionales que deben realmente inspirar las legislaciones positivas está, ha dicho DEL VECCHIO, el que en la propiedad del suelo, el deber de coexistencia y de respeto al bien común hace que esta clase de propiedad no pueda quedar exenta de ciertas obligaciones, cuya transgresión tendría por consecuencia un daño injusto para los otros propietarios del suelo y para los que no son propietarios. En circunstancias determinadas, también la omisión de toda actividad agrícola puede legitimar ciertas sanciones. Vide DEL VECCHIO, Sobre el Derecho agrario, "R.G.L.J. T 192, 1952, pág. 542." Sobre la Función Social de la hipoteca, vide - LUNO PERA Cuestiones de Derecho hipotecario y social, Barcelona, 1945, pág. 118.

GOMEZ PAVON, considera que en un buen sistema de organización del crédito "Las hipotecas serán concedidas por organizaciones de crédito, bien del Estado, bien de las Provincias, Municipios, Sindicatos o Mutualidades, previo informe para acreditar su necesidad, velar por su inversión en la explotación misma y cuidar de que no sea una prima concedida a la incapacidad o prodigalidad". Vide GOMEZ PAVON, Nuevas aspiraciones del Derecho rural, "R.D.D.I., abril 1936, n. 136, pág. 268"

Desde el punto de vista normativo vide art. 2. ley 17 junio 1946 sobre Crédito agrícola y art. 2. ley 30 marzo 1954.

física e incluso económica, 2) forma parte de la undad real superior y más completa junto con otros elementos de esta (1), 3) de modo que no pueda separarse de ella sin perjuicio económico para la misma.

Al integrar la "cosa", último punto de referencia de la relación real hipotecaria, el gravamen se extiende a ella. La parte integrante seguirá la misma suerte que el objeto garantizado desde el momento en que entra a constituirlo. Respecto de los dos aspectos -material y formal- que señalamos como constitutivos del objeto, la parte integrante supone; por el lado material una conjunción -relación material- y desde el punto de vista formal una relación económica y permanente. Ambas le vinculan a la otra cosa y la unidad real así constituida es la base objetiva de la relación hipotecaria, la ²integridad, la indisolubilidad de su relación material económica con el fundo.

Mientras no hayan sido separadas de la principal forman una unidad real indestructible. Esta separación puede hacerse sin detrimento material (378 C.C.) pero nunca, por principio, sin detrimento económico.-

(1) FEDERICO DE CASTRO, ap. 1951.

De donde, en lógica consecuencia, constituida una hipoteca sobre esta unidad real, el respeto a la integridad jurídico-económico en que se manifiesta y al que protege el gravamen, impedirá, en tanto no se extinga, la separación. Las partes integrantes están comprendidas con la finca en la hipoteca y forman con ella un objeto único a efectos de responsabilidad.

Igual que en las partes integrantes, las pertenencias conservan su individualidad física y jurídica, mas entre cosa principal y accesorio hay un ligamen económico impuesto por el destino del propietario (1). Basta, por tanto, una disposición jurídica en contrario sin necesidad de verificar la separación para que cambie el carácter de pertenencia. Del mismo modo que anteriormente señalábamos, la hipoteca retiene la facultad de decidir en contrario, si la alteración supone una disminución de la garantía hipotecaria y una perturbación a la integridad económica.

En ambos supuestos se trata, por consiguiente, de limitaciones impuestas al propietario en la libre -

(1) Si no están destinados por el propietario (vg.) por un arrendatario) no son pertenencias sino mejoras,

determinación de sus facultades. Todo ello como consecuencia del respeto a la integridad.

Estas limitaciones se manifiestan-

- a) En impedir la separación cuando de ello resulte quebranto de la materia o deterioro del objeto. Tiene una repercusión muy importante a efectos de nuestro estudio ya que pone de relieve cómo la hipoteca refuerza, al recaer directamente sobre la totalidad del objeto gravado, la misma entidad material y formal en que este consiste. Y que, por otra parte, la relación hipotecaria tiene sustantividad independiente de que satisfaga el crédito del acreedor (art. 113). En definitiva significa el reconocimiento legal de que la hipoteca recae directamente sobre la finca en su totalidad y sobre cada una de las partes; o una corroboración, mejor, de lo dispuesto en el art. 104 que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone.
- b) En su aspecto positivo, se manifiesta en el derecho del acreedor para pedir el rescate si se hace cesar el ligamen económico entre la pertenencia y el inmueble, ya se en-

cuentre esta en poder de un deudor o de un tercero (1).

- c) En todo caso, la separación (si se trata de parte integrante) o la disposición jurídica del dueño para cambiar el carácter de la pertenencia pueden constituir deterioro y - disminución de la garantía hipotecaria u - efectos de la acción de devastación. A este extremo aludiremos más adelante. Porque no suponen alteración de la sustancia, los frutos son separables. Frutos y rentas no afectan al capital. En tanto que no son separables, aun no perteneciendo al constituyente las mejoras, costeadas incluso por el tercer poseedor, si la separación supone deterioro o menoscabo de valor. Si bien en legítima equivalencia nazca la obligación de abonar su importe.

De donde el criterio que sigue la ley es el de respeto a la integridad en su triple vertiente de material, económica y jurídica.

En la accesión natural se realiza una expansión automática de la propiedad en relación al material in -

(1) Vide ANDREOLI. Le pertinenze, Padova 1936, pág. 362, ss

rial incremento de la cosa. La accesión se refiere - a la integridad física. Se excluyen de la extensión la edificación y la agrupación, porque ambas son "res nova" no pars rei (1).

Se refieren también a la integridad material la extensión de los muebles unidos de modo inseparable sin quebranto de la materia.

El respeto a la integridad económica, se engarza, con el deber de conservar, también en su doble sentido negativo: haciendo inseparable lo que destinado al "usus" o al "ornamentum" supusiese menoscabo a la integridad económica, y positivo: obligación de mejorar con extensión a las mejoras que forman unidad - esencial con la relación económica objetiva y en definitiva con el destino (calidad formal del objeto).

De aquí que la hipoteca se extienda a todo lo que conforme; a todo lo que está unido indisolublemente con el destino del objeto hipotecado. Con arreglo a la expresión escolástica "forma dat esse rei" y lo que conforma está implicado en la esencia misma de la cosa.

(1) Sobre esta cuestión vide RAMOS FOLQUES, La regulación jurídico-registral de la edificación, "R.C.D.I.", n. 318-319, pág. 849, 1954".

Forma es el destino, sustancia el capital (1), ambas integran la realidad objetiva. En estas condiciones la hipoteca se extiende a la maquinaria (2), en general, a las "dotes praediorum", es decir a los elementos destinados a las necesidades de la hacienda agrícola. ^{Siempre} ~~Cuan~~ ^{que} de, en definitiva, forman parte del contenido del inmueble hipotecado, deducidos de los datos de la descripción, indicaciones, etc. que permitan unirlos económica y jurídicamente al predio como qualitates praediorum (3).

(1) Vide VALENZUELA, La idea de sustancia en el C.C.
ob. loc. cit.

(2) Vide sobre la cuestión en Alemania NUSSEBAUM, ob. cit. pág. 114; ROCA, ob. cit. pág. 312, vide además S.T.S. 3-1-1905; R. 15 junio 1949. Los romanos vieron la relación económica del cortil con el fundo, de las máquinas con el establecimiento industrial y supieron constituir de estos elementos los diversos "instrumenta" de la cosa, la dos fundi como ellos llamaban al instrumentum fundi, y aun cuando el complejo industrial moderno fuese desconocido en la industria antigua ellos distinguieron con finura la maquinaria de la industria y el instrumentum del artifice. Sólo de estos instrumentos no hicieron partes del fundo.

Vide PADDA y BENSA, notas al Windscheid, libro III, vol. V. pág. 241.

(3) Vide R. 19 noviembre 1943. "En la legislación patria no existe un concepto técnicamente elaborado de las partes integrantes y accesorias, pero puede descubrirse un criterio análogo respecto de las últimas en las llamadas cosas inmuebles por destino especificadas en los n. 4, 5, 6, 7 y 9 del art. 334 C.C. y por lo que hace referencia a la hipoteca los art. 110 ss. de la ley permiten la extensión a tales pertenencias, si media pacto para ello". Dentro de las pertenencias están comprendidas las máquinas y los instrumentos destinados a la explotación industrial, agrícola, etc.

La integridad material y económica unifica en el tratamiento a partes integrantes -a que se extiende la hipoteca por ministerio de la ley- y pertenencias que, - si tienen esta caracterización por el destino voluntario del dueño, la ley, obstaculiza el posterior acto contrario a la decisión en el momento en que con él se verificase un deterioro a la cosa principal hipotecada (1); deterioro material o económico: "menoscabo de valor". Por eso habrá que atenderse tanto al criterio subjetivo -voluntad del dueño- como al objetivo, respecto a la integridad, a la hora de determinar si existe o no tal extensión. Lo que quiere decir que la pertenencia se resuelve en parte integrante si no es separable material o económicamente de la cosa. En suma, si está implicada como "pars rei". Así se deduce del art. 111 Ley Hipotecaria. La hipoteca, - salvo pacto expreso en contrario o disposición legal, no comprenderá las pertenencias, a menos que se trate de muebles destinados "ad usum perpetuum vel ad ornamentum" de la finca, en cuyo caso la extensión se verifica porque integra el objeto hipotecado, esto es, porque se convierte - en parte integrante. Entra en juego, entonces, el principio según el cual la hipoteca "est tota in toto et tota in qualibet parte". Esto incluso aunque no sean propiedad del

(1) "Los objetos incorporados dejan de hallarse sometidos en su transmisión, gravamen y embargo a las disposiciones dictadas para las cosas muebles y se reputan añeridos al derecho inscrito para aumentar la garantía hipotecaria, de modo que el acreedor que estimase deteriorado o disminuido el valor del derecho hipotecario por los actos realizados en contravención de lo pactado, puede ejercitar la acción que le concede el art. 188 R H (Hoy 117 L.H.) Res. 15-6-

constituyente (art. 113 L.H.), salva la correspondiente indemnización. Todo lo cual pone de relieve cómo la relación real hipotecaria comprime la cosa en su integridad,^{en} su aspecto material y ^{en} su aspecto formal o destino, impidiendo su separación material o jurídica.

Será preciso tener en cuenta la función económico-social de la cosa hipotecada para deducir en todo caso cuándo se trata de una parte. La idea de parte de cosa, como la misma esencia de la cosa, es un concepto económico social y ello determinará, en consecuencia, el ámbito de extensión de la hipoteca. Por la misma razón su determinación estará sujeta a las variaciones histórico-sociales (1) de cada momento.

V. La acción de devastación.

1) Consideraciones generales.

La acción de devastación es uno de los puntos menos elaborados por nuestra doctrina hipotecaria. Ella con-

(1) Vide sobre la cuestión, las notas al libro III del Diritto delle Pandette, de FARRA Y BENSA, ob. loc. cit. pág. 223 ss. nos hablan de los cambios operados a este respecto en el mismo Derecho romano de cosas accesorias que por el progreso se convierten en "partes".

tribuye, junto con la deficiente regulación a que no se preste el debido interés a un aspecto que puede ser crucial en el desarrollo de la institución que estamos examinando.

La acción de devastación es uno de los medios de defensa, en manos del acreedor, para los supuestos en que un perjuicio o deterioro sobrevenido del bien gravado, produzcan, o puedan producir, un daño en el interés del acreedor, al dificultar el desenvolvimiento normal de su derecho durante la fase anterior a la ejecución.

La acción de devastación es consecuencia inmediata de la "obligación" de conservar; un medio de que dispone el titular de hacerla valer judicialmente.

Su ejercicio, afirma ROCA, está supeditado a la necesidad de que se mantenga incólume la hipoteca, y su esencia estriba en una especie de ius prohibendi atribuido al acreedor hipotecario, dirigido a remediar o prevenir que la actividad del propietario de la cosa hipotecada, que redunde o pueda redundar en menoscabo de la misma y disminuya su valor de realización, ponga en peligro la seguridad que la hipoteca desplegaba al tiempo de ser constituida (1) .

(1) ROCA, ob. cit. pág. 733.

Una de las primeras dificultades que se suscitan es la naturaleza de esta acción, cuyo estudio abordaremos después del análisis previo del artículo 117 L.H. a la luz de los distintos sistemas normativos.

El actual artículo 117 trasunto fiel del artículo 107 del Reglamento hipotecario de 1915 dice así: Cuando la finca hipotecada se deteriorase, disminuyendo su valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de primera instancia del partido en que esté situada la finca, que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño.

Interpretando este primer párrafo del precepto, a nuestro objeto el más importante se han señalado los requisitos siguientes-

1. deterioro voluntario por acto del dueño.
2. desvaloración que provoca la insuficiencia hipotecaria.
3. entre ellos ha de mediar una relación de causa a efecto.

Así vg. ROCA quien estima que ha de existir una -

relación de causalidad: el deterioro provoca una desvaloración que puede ocasionar una inseguridad hipotecaria. Esta interpretación presupone admitir que el deterioro y depreciación han de haberse realizado ya (1),- si bien la insuficiencia puede ser actual/o futura.

Otra interpretación, más amplia, sobre el mencionado artículo, apoyándose en la frase "fundado temor" estima que es posible ejercitarla también aun cuando no ha a sobrevenido perjuicio o deterioro, si se trata de evitarlo (2)

Un primer problema de exegesis se plantea, pues, al determinar el alcance del precepto: Si el deterioro ha de ser actual o basta que sea probable.

A su recto entendimiento habrá que aportar las reglas generales que dirige toda interpretación.

Vea os, antes, los criterios normativos y doctrinales en el Derecho comparado

(1) ROCA, ob. cit. pág. 736.

(2) MORELL, ob. cit., págs. 43 ss. GALINDO Y ESCOSURA, ob. cit. 2a. ed. pág. 256, estiman que el acreedor podrá reclamar desde que le sean conocidos los planes del propietario.

2) La protección de la integridad en el Derecho Comparado.

a) Derecho italiano.

En derecho italiano dos artículos, fundamentalmente, se refieren a la protección en la integridad de los bienes (1); uno de ellos, el 2813 regula las posibles causas de peligro y sus remedios, en tanto que, al daño ya producido, será aplicable el artículo 2743.

El artículo 2813 presupone y así lo ve la doctrina (2) la atribución de un correlativo derecho al acreedor a la conservación física de la cosa. Otorga al acreedor el poder de impedir actos de que pueda devenir de - terioro. No es preciso que sea inminente, basta la sim-

(1) Art. 2813 "Qualora il debitore o un terzo compia atti da cui possa derivare il perimento o il deterioramento dei beni ipotecati, il creditore può domandare all'autorità giudiziaria che ordini la cessazione di tali atti o disponga le cautele necessarie per evitare il pregiudizio della sua garanzia".

Art. 2743 "Qualora la cosa data in pegno o sottoposta a ipoteca perisca o si deteriori, anche per caso fortuito in modo da essere insufficiente alla sicurezza del creditore, questi può chiedere che gli sia prestata idonea garanzia su altribenì e, in mancanza, può chiedere l'immediato pagamento del suo credito".

(2) Vide RUBINO, L'ipoteca immobiliare e mobiliare. Milano 1956 pág. 345.

ple situación de peligro en los bienes garantidos.

Este poder, que recae sobre los bienes, protege la conservación de su integridad contra cualesquiera persona cuya actuación pudiera determinar una situación de peligro para los mismos. Así se extiende tanto a los actos provenientes del deudor, como de un tercero, ya sea este último tercer poseedor o un tercer extraño a la relación vg. arrendatario, etc. Del mismo modo contra cualquier tipo de actos de que pueda derivar un deterioro en el futuro, tanto positivos como negativos con tal que hagan presumir un uso anormal.

Por otra parte el bien resulta garantizado en toda su integridad, por lo que se producirán las consecuencias expresadas en el citado artículo cualesquiera que sea la causa, siempre voluntaria, que produzca el peligro. Así quedan comprendidos dentro de su ámbito el impedimento del ejercicio de una servidumbre que pueda provocar un deterioro (1). El acreedor no puede ejercitar la servidumbre porque no tiene derecho a ejercitar-

(1) Vide GROSSO y DEIANA, Le servitù prediali, 2ª ed. Torino 1955. pág. 1046 ss. Cuando un hecho que impide el ejercicio de la servidumbre al titular puede provocar un deterioro en el fundo hipotecado. En este caso el acreedor tendría derecho sobre la base del art. 2813 a ejercitar la acción de condena. En todos, puede el acreedor ejercitar la acción de mero "accertamento" de la servidumbre.

la, pero puede hacer valer un derecho propio que no es el derecho de servidumbre -en cuanto que ~~no es~~ titular- sino el derecho a que ~~no se~~ impida bajo ciertos presupuestos el ejercicio de la servidumbre. En defensa de esta tesis argumentan GROSSO y DEIANA, que se podrá discutir si a esta acción se calificará de confesoria servitutis o como acción hipotecaria relativa a la servidumbre. El número de casos será más o menos numeroso -según el modo de entender la palabra deterioro. Entendido este como disminución de valor es indudable que -la existencia de una situación de hecho contraria a la servidumbre determina disminución de valor. Se ha objetado que no sería aplicable el artículo 2813 ya que el acreedor podría acudir al ejercicio de la acción subrogatoria, pero es preciso tener en cuenta que el acreedor hipotecario puede no ser acreedor del propietario del fundo hipotecado en cuyo caso es a este artículo -al único que tendrá que acudir. Sobre las cuestiones procesales existe en la doctrina italiana disparidad de criterio (1). Más el que constituye una acción autónoma independiente de la acción ejecutiva parece incon

(1) Según BARBERO, La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis, 2ª ed. Milano 1950 pág. 47, el acreedor está legitimado como sustituto procesal del propietario.

cuso (1). Así como el hecho de ser susceptible de encasillar la hipótesis de lleno en la esfera prevista por el repetido artículo. También queda comprendido dentro de su ámbito el arrendamiento notoriamente gravoso.

Del mismo modo queda protegido el peligro de deterioro que pudiera provenir incluso de situaciones de hecho naturales (vg. inundación), producidas con ocasión de la incuria del propietario que no procede a evitarlo y la falta de reparaciones, distracción de pertenencias, etc. Basta con que el acto, positivo o negativo, interviniendo causas naturales, jurídicas o económicas, pueda ocasionar un perjuicio a la garantía con independencia del resultado, de que esta sea o no suficiente para pagar el crédito. Porque, en todo caso, el acreedor tiene derecho de que se conserve la integridad del bien, o la garantía tal y como la ha tomado (2).

Los remedios con que cuenta el acreedor son el de pedir al juez que ordene la cesación de estos actos - o que disponga de las cautelas necesarias. La doctrina admite también la imposición al deudor de una sanción y la

(1) Se adhiere a la tesis de Dejana, DISTASO, Natura giuridica dele'ipoteca, ob. cit. pág. 128.

(2) Vide GINO GORLA. Delle ipoteche, en Com. del Codice Civile, de Scialoja-Brauca, libro VI, Tutela dei diritti, Roma 1958, pág. 452.

de ordenar el secuestro o administración en determinados casos.

Además, en cuanto que acreedor, el ejercicio de las acciones subrogatoria y revocatoria cuando concurren las circunstancias prescritas (1).

Cuando se trata de un dano ya producido la norma aplicable es la prescrita en el artículo 2743.

El ámbito de extensión, es mayor que el que veíamos en la hipótesis de peligro. El 2713 requiere en todo caso acción voluntaria; el 2743 incluso es aplicable a los supuestos en que se verifique el dano por caso fortuito e independiente de que medie, o no actividad.

No obstante ambos preceptos están ligados entre sí porque tienden al mismo fin y por tanto ambos protegen la integridad sustancial del bien garantido. De aquí que se comprendan en el artículo 2743 los mismos supuestos contemplados anteriormente con tal de que hayan ocasionado ya un dano efectivo.

El dano puede haberse producido por hechos naturales o voluntarios. Al producirse en todo caso las conse

(1) Vide MARINI, Della ipoteca immobiliare, Milano 1958, pág. 350 ss.

cuencias con que conmina la citada disposición, se discute en el Derecho italiano sobre cual sea la ratio juris inspiradora del precepto. Ya el artículo 1980 del C.C. 1865 representó una de las zonas más vivas de discusión sobre el carácter sustantivo o procesal de la hipoteca (1). El texto de la nueva redacción, aplicable a la prenda y a la hipoteca, tanto voluntaria como legal o judicial (2), hace posible una nueva dirección: no se trata de una obligación preexistente al hecho de la disminución de la garantía, y más concretamente una obligación de no disminuir la garantía. La falta de una preexistente obligación se ve confirmada en la consideración de que el artículo 2743 no presupone culpa, dado que se aplica incluso en ca -

(1) COVIELLO, ob. cit. Riv. dir. civ. 1936, cit.-
 PUGLIATTI, Esecuzione forzata e Diritto sostanziale, -
 Milano 1935, pág. 381, FRANCESCELLI, ob. cit. pág. 290
 veían en él una obligación de conservar; en tanto que
 para los procesalistas se trata de una obligación accesorio de carácter procesal, consecuencia de la sujeción
 CARNELUTTI, Natura giuridica... ob. cit. pg. 70.

(2) Si bien sobre esta extensión no está de acuerdo toda la doctrina. Es común la opinión de que no comprende la hipoteca legal de la mujer sobre los bienes del marido en garantía de la dote vide ANDRICOLI, ob. loc. cit. pág. 47.

so de pérdida o deterioro fortuito (1). Cuando se verifica la disminución de la garantía surge un verdadero y propio derecho de crédito del acreedor y una correspondiente obligación del deudor a constituir una nueva garantía de hecho y obligación cuyo cumplimiento tiene por sanción la decadencia del beneficio del término (2). Hasta ese momento hay un poder y una facultad. Poder y mejor facultad de obtener garantía sobre otros bienes y que, a diferencia del derecho, no postulan necesariamente, en el otro lado de la relación la existencia de una obligación si bien implica un comportamiento positivo o negativo del deudor (3).

Se trata de una norma no excepcional y por consiguiente susceptible de extensión analógica. Se aplica, por tanto, a los hechos que determinen, en primer término, parecimiento o deterioro material, pero también a cual -

(1) En que el deudor no puede eximirse alegando el caso fortuito difiere este precepto del art. 1186, además de referirse a presupuestos de hecho diversos. El 1186 entra en juego en las hipótesis de daño ocasionado voluntariamente y que salga fuera del ámbito del art. 2743. Entre ellas se comprende vg. la constitución de un privilegio preferente.

(2) Vide RUBINO, La responsabilità patrimoniale, ob.-cit. pág. 19.

(3) Vide ANDRIOLI en Tutela dei diritti, ob. loc. cit. pág. 46.

quiera otros que lleven consigo un cambio de destino (1).

Están comprendidos dentro de su esfera los hechos naturales, inundaciones, terremotos, etc. los actos jurídicos que ocasionen deterioro vg. arrendamientos gravosos, constitución de servidumbres que impliquen alteraciones sustanciales, y económicos que no consisten en la mera depreciación por desvalorización producida por circunstancias de economía nacional o internacional. Del mismo modo no es necesario que los actos sean positivos (cultivo peligroso, radical transformación de cultivos, parcial demolición de edificios) pueden también ser negativos -abandono, incuria, falta de reparaciones, etc.-

Cuando se hayan hipotecado varias fincas por un solo crédito, basta la disminución de valor de un solo bien ya que el acreedor no tiene derecho al valor en sí y por sí sino al originario estado (material) y jurídico) de los bienes. Precisamente por esto habrá que examinar caso por caso y la prueba corresponde al acreedor.

2) Derecho francés.

También en el ordenamiento francés son dos los principales preceptos que regulan los supuestos que esta

(1) Vide MARINI, De la hipoteca immobiliare, ob. loc. cit. pág. 335 ss.

nos examinando: el artículo 2131 y 1188 (1).

El artículo 2131 se aplica también en las hipótesis en que el acto no sea del deudor, en esto estriba una de las diferencias más acusadas respecto del artículo 1188 que exige acto propio y culpable del deudor (PLANIOL reduce la aplicación del 2131 a la hipoteca convencional y sólo cuando se trate de pérdida o deterioro fortuitos).

Si el deudor, dice PLANIOL (2), conserva el derecho de disponer, es bajo la reserva de que los actos de disposición material o jurídica no tengan por consecuencia el disminuir la seguridad del acreedor. La razón está en que en tanto el acreedor no ejerce la acción hipotecaria, el deudor propietario del inmueble hipotecado conserva en principio todos los atributos del derecho de propiedad; más esta regla se debe combinar con el otro principio de que el propietario del inmueble no puede -

(1) Art. 2131 "Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents, assujettis à l'hypothèque, aussent péri, ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque"

Art. 1188 "Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier".

(2) Vide PLANIOL-Ripert Traite Pratique de Droit Civil Français, ob. cit. tomo XIII, pag. 152 ss.

realizar, en perjuicio de los derechos del acreedor hipotecario, actos de disposición material o jurídica que directamente tendrían por consecuencia la de disminuir la seguridad del acreedor por atentar al valor del inmueble.

Dentro del ámbito del artículo 2131 quedan comprendidos, por tanto, los actos de disposición material y jurídica que entrañen la depreciación del inmueble, cualesquiera sea la persona que los realice. Como ejemplos JOSSERAND (1) señala; el disminuir impunemente el valor de la cosa, demoler construcciones en todo o parcialmente, la tala anormal de árboles, el producir deterioro material, la lesión anticipada de alquileres y rentas, etc.

Su fundamento legal es el de que el derecho de administración que conserva el propietario, según reiterado criterio jurisprudencial (2), tiene como límite el derecho del acreedor hipotecario a que se mantenga la integridad de la cosa gravada. O, en expresión de

(1) JOSSERAND, Derecho Civil, tomo III, V. 3ª cb. cit. pág. 670.

(2) 18-1-1933, 2 junio 1934, admiten que el acreedor inscrito, "est fondé à s'opposer à l'exécution de ventes de coupes de bois qui auraient pour conséquence la destruction du domaine forestier"

PLANIOL, mantener las cosas en el estado en que se encontraban.

Esta disposición es también aplicable a los supuestos de partes integrantes y de inmuebles por destino. El acreedor puede tomar medidas conservatorias - entre ellas prohibir al adquirente la movilización de la cosa vendida -salvo siempre lo prescrito, respecto al adquirente de cosa mueble de buena fe por el art. - 2279-, ejercitar la acción pauliana si hubo "consilium fraudis", ordenar el secuestro o exigir el pago anticipado por aplicación del 1186 (1) ya que en todo caso - hay disminución de garantía. La composición del patrimonio no puede ser modificada, ni por el deudor, ni por sus herederos, ni por un extraño.

Si en la hipótesis de venta de cosa mueble - destinada, el precio no ha sido aun pagado, el acreedor conserva la preferencia sobre el precio de la enajenación, la venta, según opinión común, es válida y eficaz, salvo el supuesto de fraude. No cabe "droit de suite" según la regla establecida por el artículo 2119 "Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque".

(1) PLANIOL estima que si interviene culpa del deudor, supuesto del art. 1188, este no podrá sustraerse a la acción del acreedor ofreciéndole nueva hipoteca.

Del mismo modo puede oponerse el acreedor a la extensión de una servidumbre que existía en beneficio del fondo hipotecado sobre heredad vecina.

El arrendamiento transcrito con posterioridad a la constitución de hipoteca, si es de más de 18 años de duración (1) se asimila a los actos de disposición ya - que por su misma naturaleza disminuyen el valor del inmueble. Por eso no es oponible al acreedor hipotecario.

De los deterioros que proceden del hecho o de la negligencia de tercer poseedor se ocupa el artículo 2175 (2).

Planiol, establece como principio aplicable con carácter general el de que entre el detentador y los - acreedores no existe ninguna obligación general, pero el poseedor tiene, entre manos, un bien gravado con un derecho real. Y como todo propietario tiene una obligación de respetar el derecho de otro establecido sobre su cosa.

El 2175, es no obstante, aplicación del art. 1382

(1) En Alsacia y Lorena de 12.

(2) Art. 2175 "Les détériorations qui procèdent du fait ou de la négligence du tiers détenteur, au préjudice des créanciers hypothécaires ou privilégiés, donnent lieu contre lui à une action en indemnité; mais il ne peut réputer ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration"

que impone la obligación general de reparar el daño - causado (1). Responde por tanto de los deterioros ocasionados con carácter más represivo que preventivo; la consecuencia es una acción de indemnización equivalente a la disminución del valor que los deterioros hayan causado. No se trata por tanto de una verdadera acción de devastación sino una simple regla de equidad cuyo fundamento significa la acción de enriquecimiento injusto.

En resumen, el C.C. francés contempla todas las causas posibles de deterioro y sus autores; más no tiene una disposición general que los abarque. Así será aplicable el 1131 si se trata de caso fortuito; el 1188 si interviene culpa del deudor, y el 2175 si media negligencia en el tercer poseedor. Más deterioro en todo caso se interpreta de modo amplio, no reducido a los deterioros materiales.

Derecho alemán.

De modo más técnico y sistemático que en los ordenamientos latinos, frances e italiano, el B.C.B. regu

(1) PLANIOL y RIPERT, ob. loc. cit. nos. 1165 ss. pág. 517.

la en los artículos 1133, 1134 y 1135, (1) los aspectos pertinentes a la cuestión que nos ocupa: la defensa de la integridad de la finca hipotecada.

El parágrafo 1134 establece los remedios pre - ventivos, para el caso de peligro de la seguridad independiente de la persona de quien proceda y de la causa que pueda darlos origen.

En todo caso supone un comportamiento dañoso proveniente de un acto lícito o ilícito que pueda afectar a la sustancia. El modo de afectarla es indiferente, bas

(1) 1133. Si a consecuencia de un empeoramiento de la finca corre peligro la seguridad de la hipoteca, el acreedor puede señalar al propietario un plazo prudencial para el apartamiento del peligro. Después del transcurso del plazo el acreedor está autorizado para intentar inmediatamente satisfacción a costa de la finca. Si el peligro no ha sido apartado por mejoramiento de la finca o por constitución de ulteriores hipotecas. Si el crédito no es a interés y aun no está vencido, solamente corresponde al acreedor la suma que equivalga a la cuantía del crédito con deducción de los intereses legales por el tiempo-transcurrido desde el pago hasta el vencimiento.

1134. Si el propietario o un tercero se comportan con relación a la finca de tal forma que es de temer un empeoramiento de la finca que ponga en peligro la seguridad de la hipoteca, el acreedor puede entablar acción para la omisión.

Si el comportamiento dañoso emana del propietario, el Tribunal, a petición del acreedor, ha de ordenar las medidas necesarias para la evitación del peligro. Lo mismo vale si el empeoramiento es de temer por la circunstancia de que el propietario omita las previsiones necesarias contra intromisiones de terceros o contra otros daños.

ta con que sea dañoso, ya material, jurídico o económicamente. Por otra parte el comportamiento exige un acto positivo -que no produzca de modo inmediato el deterioro- o negativo, no realizar mejoras necesarias, no contratar o renovar contrato de seguro, desalquilar las viviendas para prepararse a la demolición, etc. Los remedios son diversos, desde el exigir que el daño o el tercero se abstenga de no realizar actos de los que fundamentalmente tenía pudiera derivarse perjuicio para sus derechos, hasta ordenar la administración judicial, mejorar la finca, reintegrar accesorios, reclamar de terceros su restitución...

Del menoscabo ya producido se ocupa el parágrafo 1133. Del mismo modo el deterioro no tiene por qué ser en todo caso material. Como aplicación de este precepto señala HEDEMANN (1), entre otras, la alteración arbitraria de la sustancia de la finca a consecuencia de su explotación económica, de modo particular, el deterioro físico, la renuncia a un derecho de paso, la retirada prematura de las cosechas o de otras "partes integrantes," etc.

1135. A un empeoramiento de la finca en el sentido de los párrafos 1134 y 1134 se equipara la circunstancia de que las pertenencias a las que se extiende la hipoteca sean menoscabadas o sean separadas de la finca en contra de una ordenada economía.

(1) HEDEMANN, Tratado de Derecho Civil, ob. cit. VII, pag. 408 ss.

Todo ello es manifestación de la sumisión, de la finca a la hipoteca, sumisión que por tener carácter - real grava la finca con todos sus elementos, en expresión del autor citado, grava el suelo mismo. Por tanto, durante todo el curso de la relación hipotecaria el acreedor goza de acciones defensivas de carácter real. La cosa resulta así gravada en toda su dimensión y esto determina que por conservar la "masa de valor" se enpeña al acreedor la "sustancia" (1)

De aquí que la hipoteca acompañe a la finca en todos sus avatares y se engarce en las más hondas raíces - de la propiedad. A su ámbito material, la finca y todos sus elementos, los productos de la explotación, en suma "la finca como soporte de una explotación económica"; a su aspecto valorativo, la propiedad como capital -las rentas- son elemento de la masa de valor capital- y a su entidad jurídica o despliegue de facultades.

En consecuencia, el artículo que estamos examinando protege, regula y ampara la relación hipotecaria en su totalidad, no solamente alguno de sus aspectos aunque el principio superior sea el de la salvaguarda de la "masa de valor" (2). Así su ámbito material provoca el ejerci-

(1) HEDEMANN, ob. loc. cit. págs. 418 y 419.

(2) NUSSBAUM, lo califica, más técnicamente, de "patrimonio básico", vide NUSSBAUM, Tratado de Derecho hipotecario alemán, 1a. ed. Madrid 1929, pág. 119

cio de la acción cuando no se explota regularmente con perjuicio posible de la misma fuente productiva; cuando se menoscaben o separen las pertenencias en contra de las reglas "de una ordenada economía", su aspecto más intrínseco valorativo, sufrirá deterioro cuando se verifique vg. la cesión de rentas o alquileres futuros, o la elevación del nivel de una calle de suerte que la planta baja se convierta en sótano (1). Y a su entidad jurídica vg. actos de disposición por adelantado, actos de renuncia como renunciar a un derecho de paso a otro "subjetivamente real", no ejercitar las previsiones necesarias contra las intrusiones de terceros, etc.

Los remedios pueden también ser varios, pero los hechos del acreedor son más amplios. Si transcurrido el plazo prudencial que se señale al dueño de la finca no se evita el perjuicio el acreedor puede exigir que se le hagan efectivos inmediatamente sus derechos o se constituya nueva hipoteca.

(1) Por poner como ejemplo un deterioro procedente de acto lícito, vide, ENNECCERUS, KIPP-WOLFF, tomo III, Derecho de cosas, Barcelona 1944, pág. 241.

3.- Comentario exegético del art. 117 de la Ley Hipotecaria.

a) Interpretación gramatical: Es a todas luces evidente la deficiente redacción del precepto.

El párrafo primero tiene dos incisos, al parecer condicionado el segundo a los resultados de lo preceptuado en primer lugar.

El centro de atracción gravita sobre tres palabras fundamentalmente: deterioro, hechos (justificación sobre estos hechos) y daño. Veámoslo separadamente.

La expresión legal de estos "hechos" se puede referir a los actos voluntarios, dolosos o culposos, si bien con la incoherencia jurídica de identificar actos y hechos, o, entenderse como equivalente a deterioros.

Justificación en el primer caso supondría preguntarse sobre el por qué de la conducta, en definitiva indagar los móviles internos de la actuación. Si son actos intencionales o no.

Al condicionar la adopción de medidas por el juez de la ex otitud resultante de la justificación estas vendrían determinadas por la intención manifiesta en la voluntad actuada.

Si la justificación se refiere no a la conducta en cuanto tal, sino al resultado de la acción, objetivamente considerado, con independencia de los móviles, la exactitud se cumpliría con demostrar el deterioro causado. En este supuesto basta la relación de causalidad que se da entre el deterioro que provoca una desvalorización y que puede ocasionar una inseguridad hipotecaria; aspecto éste a que parece referirse ROCA (1).- Habría exactitud cuando este nexo se demostrara. [Para resolver el dilema habrá que analizar previamente lo que significan las palabras dolo, culpa o voluntad. Se da aquí, sin duda, otra incorrección. Voluntad se está expresando en sentido genérico o específico?. Tan voluntarios son los actos dolosos como los culposos. La voluntad es elemento esencial del acto. Con lo cual vendría a cobijar todas las conductas voluntarias.

Pero voluntad puede estar también tomada en sentido específico, refiriéndose con esta palabra a "intencionado". Se daría en tal hipótesis una gradación entre dolo, culpa, intención.

Será preciso, para estudiar tal posibilidad, preguntarse si cabe un acto "intencional" que no sea doloso

(1) ROCA, ob. cit. págs. 735 ss.

ni culposo, y sin embargo fuera antijurídico, en el se no mismo del deterioro.

Parece más defendible la primera acepción. Con esta expresión se está refiriendo a todas, y sólo a - ellas, las conductas voluntarias del dueño, ya sean po- sitivas, acción, o negativas, omisión, (excluyen o por tanto el caso fortuito y la fuerza mayor) que determi- nen un acto lícito o ilícito pero del cual, objetiva - mente, resulte un deterioro que traiga o pueda acarrear, en consecuencia, un daño en los intereses del acree - dor(1).

(1) No creemos, afirma PUIG PENA, sin embargo que se precise un ánimo específico de dañar al acreedor en el - sentido de que estos actos u omisiones a que nos referi- mos en el texto se verifiquen con la intención de provo- car un evidente perjuicio en el patrimonio del titular - activo. Bastara con una culpabilidad que pudieramos lla- mar de superficie. PUIG PENA, Tratado, ob. cit. pág. 289.

En el mismo sentido GALINDO y ESCOBURA, ob. cit. pág. 256, según quienes "del mismo texto (comentando el art. 97 del R.H.) se deduce que es indiferente que el deterioro - se cause con ánimo de perjudicar al acreedor, o sin él, o por conveniencia particular del dueño, verdadera o presun- ta? de cualquier modo que la finca lo sufra, tiene el - acreedor derecho a reclamar, siempre que ese menoscabo por su naturaleza o cuantía pueda llegar a convertir la hipo- teca en insuficiente para responder del pago de la deuda".

En nuestra opinión al referirse a dolo el art. 117 - no lo utiliza en su sentido técnico sino en la expresión vulgar equivalente a intención. Al enumerar otros posibles tipos de conducta no lo hace estableciendo una graduación sino una referencia "ad exemplum", que va desde la inten- ción a la misma actuación desprovista de toda intención - dañosa.

La justificación no tiene entonces caracter valorativo (1), por lo que la actuación del juez se reducirá a declarar si concurren los hechos o requisitos que presuponen el ejercicio de esta acción. Estos requisitos serán los siguientes:

Subjetivos a) Acto voluntario (acción u omisión) del dueño.

b) fundado temor por parte del acreedor de que la hipoteca resulta insuficiente.

Objetivos c) deterioro

d) disminución de valor (2).

Si concu rieran todos se tendría la "exactitud" requerida para poner en marcha el aparato judicial mediante la fase previa de dictar el juez providencia o manifestar una voluntad; evitar, remediar el daño, o privar de la administración al dueño de la finca.

En cuanto a los términos "daño y deterioro" se nos ofrece otra dificultad, la de conciliar las expresiones "si la finca se deteriorase", tiempo pretérito, con

(1) El juez no entra en el examen de los móviles, sino del resultado.

(2) Adición inútil pues todo deterioro por fuerza ha de disminuir el valor de la finca deteriorada. Vide GALINDO y ESCOSURA, ob. cit., pág. 254.

las de evitar el daño, tiempo futuro.

El daño pueda referirse, a deterioro. En cuyo caso parece deducirse una contradicción dentro de una interpretación gramatical y lógica del precepto (1)

En nuestra opinión, deterioro y daño son cosas distintas por lo que no se da contradicción en los términos del artículo.

Deterioro tiene carácter objetivo, no porque sea estrictamente material ya que creemos posibles deterioros jurídicos. El deterioro, al alterar la sustancia de la cosa con el inherente quebranto de valor, lesiona un derecho del acreedor. Daño es, entonces, el efecto inmediato que ocasiona al acreedor el deterioro de la finca, en cuanto que viola la obligación de conservar la garantía que, en su favor, se impone al poseedor de la cosa, quien quiera que este sea, durante toda la

(1) En este sentido GALINDO y ESCOSURA, ob. cit. pág. 256 "en la providencia judicial cabe igualmente el menoscabo que se realizó que el que pueda realizarse, *damnus infectus*".

Las palabras del art. 97 que indican un acto cumplido, un menoscabo que ha tenido efecto, se hallan contrariados por otras y por el objeto de este recurso.

Del mismo modo estima ROCA QUE hay una contradicción puesto que habla de evitar el daño, cuando el propio precepto presupone que el daño ya ha sido causado, vide, ob. cit. pág. 737.

fase de seguridad. Daño es lo que se deriva o puede derivarse de este incumplimiento, en la esfera patrimonial del acreedor, en la que directa o indirectamente repercute. Es, interpretado en este sentido, posible un deterioro causado; que supone el incumplimiento del deber que la misma norma impone (1) al titular pasivo, exigiéndole una conducta de conservar cuya existencia y extensión está subordinado a una relación básica real (de hipoteca), y de cuya violación deriva un perjuicio en el patrimonio del titular activo.

Deterioro y daño, por ser conceptos distintos, tienen también distinto radio de acción. Deterioro se refiere a la cosa, daño a la persona, o por mejor decir, al interés o al patrimonio del perjudicado. El deterioro -

(1) Podrá discutirse si se trata de una obligación o no, más en todo caso se trata de una conducta debida, -califíquese como quiera, que es independiente y precedente al momento eventual del incumplimiento. MAIORCA estima que se trata de un poder-ejercicio (análogo al de realizar la seguridad -ius distrahendi- que en cuanto presupone al Derecho de garantía no es el derecho de garantía. MAIORCA, ob. cit., pág. 140. No obstante en el Derecho italiano, como hemos visto es distinto, allí se comprende el caso fortuito, por lo que es más difícil admitirlo como obligación.

Por ser distintos caben un daño sin deterioro. Cita como ejemplo VENEZIAN dentro del usufructo la transformación de la función económica de la finca, que supone un -daño en el patrimonio del nudo-propietario, sin que según él exista deterioro, VENEZIAN, ob. cit. pág. 354. Pero mas bien se trata de un daño ocasionado por un deterioro jurídico.

procede del poseedor de la cosa "suae res moderator ac -
arbiater", el daño lo experimenta el titular activo de -
la relación.

El deterioro se mantiene en el radio de acción del
propietario, el daño tiene su centro de atracción en la -
esfera patrimonial del acreedor a la que afecta al estar
en ella contenido el derecho real. La insuficiencia de la
garantía es un daño en el patrimonio del acreedor.

De aquí que un deterioro actual pueda producir,
en este sentido, un daño futuro vg. un deterioro que pro -
gresivamente esté causando perjuicios en la cosa o puedan
amenazarla.

¶ Por lo tanto no hay contradicción en los ter -
minos con que aparece redactado el artículo.

Si bien hemos llegado a la conclusión de que el
deterioro como presupuesto del ejercicio de la acción -
ha de ser actual, criterio restrictivo que pudiera re -
sultar injusto, es preciso que nos detengamos ahora en
la conceptualización de lo que debe entenderse por deterio -
ro.

Para ROCA deterioro equivale a menoscabo sustan -
cial o material de la cosa hipotecada.

Con lo cual quedan eliminados los demás actos vg

luntarios que, sin causar menoscabo material, pueden producir perjuicio para el interés del acreedor.

Así quedarían fuera del ámbito de la acción los gravámenes aunque signifiquen desmejoramiento de la cosa hipotecada, como una servidumbre gravosa o un arrendamiento notoriamente gravoso, o el hecho de retirar de la finca objetos que le pertenezcan como accesorios, no abonar la prima del seguro, etc., todos ellos supuestos más frecuentes amenazadores y que en la realidad se dan con más frecuencia que los deterioros materiales voluntariamente causados.

Indudablemente la cuestión tend á menos interés si se ^{tiene en cuenta} admite que cabe pactar cláusulas de vencimiento anticipado en que se prevean estas posibles circunstancias o que el 112 a C.C. ampare todas las hipótesis.

A los pactos de vencimiento anticipado nos referiremos más adelante. La posibilidad de admisión de lo preceptuado en el 1129 hace innecesaria la acción de devastación también en los supuestos de deterioro material ya que están comprendidos como todos los demás casos en que se disminuyan las garantías.

Más la idea de que deterioro equivale a menoscabo material de la cosa proviene fundamentalmente de la concep

ción de la hipoteca como derecho de realización de valor. Así ROCA argumenta que cuando el 117 se refiere - al "disminuir el valor" ~~de~~ está refiriendo al valor de - realización, que es lo que la hipoteca vincula, dejando intacto el dominio de la finca gravada, si bien no pueda producirse con la libertad que en otro caso gozaría en el ejercicio de la facultad de goce y disposición (1). Mas en la acción de devastación, no entran en juego, se gún él, el ejercicio de estas facultades sino sólo "los actos de menoscabo sustancial o material" de la cosa.

Esto supone reducir la palabra "valor" que utiliza el artículo 117 a su sentido limitado de valor de realiza ción, o val r en cambio.

A nuestro entender, ni la ley quiso reducir con la voz deterioro a los materiales ni tampoco, con la expresión de valor, al de realización.

Es deterioro, en efecto, todo menoscabo sustan - cial. Más siendo la sustancia de las cosas su valor, el menoscabo económico es deterioro. Y si objeto de hipoteca es la cosa dentro de la relación de propiedad, de usu fructo, etc., cualquier alteración de la relación es menoscabo sustancial, es decir deterioro jurídico. Es tanto

(1) Ob. cit. pág. 733.

deterioro el causado por una mala explotación que deja a la finca improductiva como el causado por el derribo de una pared en una casa habitable.

En definitiva para ver lo que sea deterioro no hay que atender tanto a la cosa como al objeto de la relación, y por ende a su causa material y formal: Un cambio de destino puede ser deterioro de la cosa, aunque afecte a su estructura formal, económica, social etc. y no a su entidad material.

Ahora bien, no todo deterioro_x motiva el ejercicio de la acción de devastación, sino solamente aquellos deterioros que causen daño al interés del acreedor. Por esto el acreedor habrá de justificar y probar el daño o su posibilidad. Por lo mismo el juez deberá tener en cuenta la índole específica del objeto de hipoteca.

Así vg. en la hipoteca de usufructo el acreedor podrá ejercitar la acción de devastación cuando el usufructuario deteriore la cosa, "deteriorem causam usufructu facere non potest", material o económicamente, transformando la sustancia de las cosas de modo que aparezcan con nueva individualidad jurídica o económica, es decir, alterando el destino. Estos deterioros provocan un daño en el patrimonio del acreedor al disminuir la seguridad de la garantía, teniendo en cuenta que en todo caso la in -

demerización de daños y perjuicios o las responsabilidades a que de lugar por parte del usufructuario, merman la garantía del deudor y suponen un incumplimiento del deber de respetar la integridad sustancial de la relación. Del mismo modo, con otras conductas de abstención que por su naturaleza produzcan la destrucción de las cosas usufructuadas, o un cambio de naturaleza tal que la transformen en otra distinta (23 mayo 1935), la hagan inservible o aumenten de momento los emolumentos que disminuya para el porvenir su fuerza productiva, etc. (1).

Es más, en muchas ocasiones, no será posible un deterioro material y por ende el acreedor resultaría desprovisto de protección. Por tanto es necesario ampliar - el radio de acción del precepto a los jurídicos o económicos, siempre que causen un daño a la garantía del acreedor, actual o futuro. En la hipoteca del derecho de superficie se dará deterioro y por tanto será ejercitable la acción de devastación cuando el concedente incumpla - las condiciones pactadas en la escritura de constitución del derecho que puedan determinar vg. la extinción de la superficie. Así habría deterioro si pactada la ejecución de las obras en un plazo de 5 años este pacto no se cumple. Del mismo modo si estas se realizan contrariando el desti

(1) Vide PUIG PEÑA, Tratado, ob. cit. tomo III, pag. 346.

no señalado etc. También resulta difícil hablar de deterioro material a efectos de subhipoteca y es indudable que el acreedor subhipotecario puede ejercitar la acción de devastación (1).

Por lo mismo el usufructuario que haya concedido hipoteca debiera oponerse a los actos del nudo propietario que modifiquen la función económica y social de la finca vg. a la división material cuando con la división se opere una transformación de las fincas y vaya en perjuicio del usufructo, y por tanto en daño del acreedor. En este supuesto se daría un deterioro por causa jurídica (división) que pudiera producir un daño a la garantía y susceptible por tanto de protección mediante el ejercicio de la acción de devastación (2).

Del mismo modo, sostiene VALLET, (3) en la medida

(1) GULLON BALLESTEROS afirma que "los actos de deterioro que, en su opinión, habían de ser materiales, físicos, etc. en el caso de subhipoteca no, El titular subhipotecario justificaría ante el juez el perjuicio efectivo que le está produciendo la conducta negativa del deudor, y la violación del deber que tiene de realizar los actos necesarios para la conservación de la garantía... Vide El Derecho real de Subhipoteca, Bosch 1957, pág. 132 ss.

(2) Vide Res. 24 y 27 diciembre 1934. Reconoce al nudo propietario el derecho a practicar la división material "siempre que no se haya modificado la función económica y social de la finca ni se haya perjudicado a la usufructuaria en sus legítimas facultades, toda vez que sin necesidad personal de este último aparece salvaguardada su protección por el art. 405 C.C. y por cuantas acciones legalmente corresponden para la protección y defensa de sus derechos".

(3) VALLET, Hipoteca de Derecho Arrendaticio, ob.cit. 215.

en que la hipoteca vincula la relación total afecta a -
 los derechos y a las obligaciones. Porque los derechos son
 instrumentos vg. traspaso del local, las obligaciones -
 les sirven también para su logro. Por tanto podrá el -
 acreedor ejercitar la acción de devastación cuando su ti
 tular incumpla obligaciones que determinen la merma de su
 derecho vg. mejoras, condiciones legales. etc. Así, en la
 hipoteca del arrendamiento de local de negocios, el inqui
 lino está vinculado en virtud de la hipoteca a ejercer el
 negocio precisamente en aquél local. Por lo cual, afirma,
 no vemos obstáculo para que anteese deterioro o devasta -
 ción -si no física, sin duda jurídica, que supone su aban -
 dono- puede el acreedor hipotecario ejercitar la acción -
 regulada en el artículo 117.

Este criterio resulta confirmado legalmente en la
 hipoteca de establecimientos mercantiles al prescribir -
 la obligación de conservar los bienes hipotecados, prin -
 cipales y accesorios, con la diligencia de un buen padre
 de familia, haciendo en ellos cuantas reparaciones y re
 posiciones fueren menester (art. 17 de la ley). Las conse -
 cuencias del incumplimiento de esta obligación pueden ser +
 la facultad del acreedor de pedir la intervención judicial
 de los bienes hipotecados en la forma expuesta en el artí -
 culo 18, el dar por vencida la obligación en los casos -

contemplados en el artículo 29, y la posibilidad del - ejercicio por parte de dicho acreedor de hacer uso de los derechos que correspondan al arrendatario para exigir que cesen las perturbaciones de hecho o de derecho, o para que se ejecuten las reparaciones necesarias en - el local arrendado, cuando el deudor o hipotecante no - las ejercitare, artículo 25 (1).

Es también el adoptado por la jurisprudencia registral. Así en la R. 15 junio 1929 en que tratándose - de una escritura de constitución de hipoteca que recae sobre un derecho de arrendamiento sobre varias fincas y accesorios de la industria en ellas establecida, como m'a quinas, edificios e instalaciones que concurren a satisfacer las necesidades de dicha industria se consideró que "los objetos incorporados a un derecho real, o mejor dicho, a la finca, en cuanto sujeta a un derecho real, dejan de - hallarse sometidos en su transmisión, gravamen y embargo a las disposiciones dictadas para las cosas muebles, y se reputan adheridos al derecho inscrito para aumentar la - garantía hipotecaria, de modo que el acreedor que estimase deteriorado o disminuido el valor del derecho hipotecario por los actos realizados en contravención de lo pactado,-

(1) FUENTES LOJO, La hipoteca de establecimientos mercantiles y la Ley de arrendamientos urbanos, Barcelona 1955, pág. 55.

puede ejercitar la acción que le concede el artículo 188 R. (1) para ejecución de la Ley hipotecaria. Con este criterio según expresa la aludida Resolución se favorece y legitima la formal constitución de entidades industriales.

b) El artículo 219 del Reglamento hipotecario

El arrendamiento gravoso y la acción de devas-
tación.

El número segundo de este artículo dice así:

"El valor de la finca hipotecada a los efectos del artículo ciento diecisiete de la Ley se entenderá disminuido cuando, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, se arriende el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al seis por ciento, no cubra la responsabilidad total asegurada. El Juez a instancia de parte, podrá declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la amplia

(1) Art. 117 L.H. vigente

ción de la hipoteca a otros bienes del deudor o adoptar cualquier otra medida que estime procedente".

En el comentario a este artículo, LA RICA (1) argumenta: "En rigor, estatuye una nueva acción de devastación por disminución voluntaria del valor de la finca hipotecada mediante cierta especie de arrendamiento; es decir por deterioro que pudieramos denominar contratual o jurídico, no por devastación material o física - como la que hasta ahora, conforme a la L.H. (art. 117) daba lugar al ejercicio de esa acción".

A nuestro entender la acción de devastación a que alude el artículo 219, meramente interpretativo, no modificativo respecto del 117 L.H. no es una acción de nuevo cuño distinta de la anteriormente existente.

El limitar el ejercicio de la acción de devastación que regula el 117 a los deterioros materiales o físicos, no estaba dentro del ámbito normativo, sino dentro de una interpretación doctrinal, valiosa por contar con el apoyo de prestigiosos mantenedores, pero mera interpretación al fin. De aquí que al referirse al 117 de la L.H. el nuevo artículo 219 viene con ello a precisar que dentro de la expresión deterioro están incluidos tan

(1) LA RICA, Comentarios a la reforma del reglamento hipotecario, ob. cit. pag. 152 ss.

to los físicos, como los jurídicos y económicos y por tanto el mencionado precepto reglamentario sirve de verdadera interpretación auténtica, si bien como hipótesis específica dentro de las posibles causas genéricamente expresadas bajo el término deterioro.

Con este criterio resulta fácil comprobar cómo no se trata de una nueva acción de devastación que haya de unir a la, hasta ahora existente, o devastación material.

Lo contrario supone forzar los criterios normativos con el fin de mantener inalterada una posición doctrinal que nació para explicarlos.

Es preciso variar la interpretación doctrinal del precepto, si esta no alcanza ya a precisarlo, y no, por el contrario, acoplar la ratio del precepto a la fuerza que tenga, por mucha que sea, una argumentación.

Por lo mismo este artículo nos sirve de base para explicarnos el sentido de otros términos que podrían ofrecer duda en la interpretación exclusiva del artículo 117. La expresión "voluntad" tiene aquí el sentido intencional a que en la exégesis de este artículo hemos hecho alusión. El nuevo artículo 219 R.H. se refiere de modo -

expreso al exigir que la finalidad primordial del arriendo sea la de causar la disminución de valor. Como afirma LA RICA se trata de un nuevo requisito de esta "singular" acción de devastación por deterioro o daño jurídico, "es decir, aquí el legislador ha querido que exista un elemento intencional por parte del deudor". El elemento intencional es específico en la hipótesis concreta que contempla el legislador, o mejor dicho, está reducida al dolo, con exclusión de culpa o "voluntad".

El reglamento establece dos modalidades respecto de la acción de devastación: una presunción juris tantum de la intencionalidad, y una mayor libertad al Juez, una mayor discrecionalidad para adoptar "cualquier otra medida que estime procedente". En este punto, como dice LA RICA, la reforma reglamentaria ha recogido las enseñanzas de la doctrina científica y de las legislaciones extranjeras, y sus normas son más amplias y completas que las del artículo 117 de la Ley.

Se ofrece, finalmente, una interesante cuestión: son aplicables estas normas reglamentarias, más amplias y completas, a lo dispuesto en el artículo 117 L.H.?

Para nosotros es evidente que sí. En primer lugar porque no son dos acciones distintas sino una misma -

acción; porque en ambos casos se persigue la misma finalidad, ya que entre ambos preceptos media una simple diferencia de género a especie. No serán aplicables las peculiaridades formalísticas de la especie, porque es difícil que se den en otras hipótesis. Así la regla de la capitalización. Pero sí tendrá aplicación la presunción, por analogía, vg. a otros derechos reales de disfrute cuando haya circunstancias reveladoras de una finalidad dañosa vg., concesión onerosa de derechos de disfrute, ubi est eadem ratio ibi est eadem dispositio, y tendrán plena aplicación las posibles medidas jurisdiccionales no mencionadas en el artículo 117, declarar vencido el crédito, ampliar hipoteca a otros bienes del deudor.

c) Interpretación teológica y sistemática del precepto.

La finalidad que persigue la acción de devastación hemos dicho anteriormente, es la de asegurar la conducta debida del propietario, es decir, el deber de conservar la integridad de la cosa hipotecada durante la fase de seguridad.

Es, por tanto, una acción defensiva de la relación real hipotecaria a través de la cual el acreedor -

tiene un poder inmediato sobre la cosa si bien requiera para el ejercicio de la acción la intervención judicial. En ello estriba la diferencia radical con el artículo 1129 C.C. cuyo ejercicio está contemplado desde el ángulo de la protección a la relación obligatoria.- Ambas concurren y en tal sentido coexisten en la hipoteca y por ende deben tener, también, sus propios cauces de actuación.

La acción de devastación, es análoga a las demás acciones de defensa de la obligación de conservar en los derechos reales. Es semejante vg. si bien las consecuencias de su ejercicio no sean idénticas, a la que prescribe el 1648 C.C. respecto de los censos, determinando el comiso si el enfiteuta deteriora gravemente la finca. No obstante conserva también el censualista la acción personal para el resarcimiento de daños a tenor de lo que dispone el artículo 1623.

El precepto está redactado con la misma índole - permisiva que el 117; cualifica la gravedad del deterioro (no la cuantía como otros C.C. hacen) y, aunque no lo expresa taxativamente, por causa imputable a la voluntad del enfiteuta.

El artículo 151 de la ley de 1861 prescribía: -

Cuando una finca acensuada se deteriorase o hiciera menos productiva por cualquiera causa que no sea dolo, culpa o voluntad del censatario, no tendrá este derecho a desampararla ni a exigir reducción de las pensiones mientras alcance a cubrirlas el rédito que deba devengar el capital que represente el valor de la finca... La Exposición de motivos de la enunciada ley decía "nada han dicho nuestras leyes respecto del caso de que una finca acensuada llegue a ser insuficiente para garantizar el pago de las pensiones, y esta insuficiencia no sea efecto del caso fortuito, sino dolo, culpa, o mera voluntad del censatario". Lo que equivale oponer voluntad a caso fortuito. En definitiva a admitir cualquier conducta voluntaria, sea o no intencional. La razón viene también referida en la E.M.; evitar que al censualista "en lugar de un crédito real suficientemente garantido sólo le quede un crédito personal - que dependa única y exclusivamente de la situación del antiguo censatario, que tan mala cuenta ha dado de la finca acensuada. Son dos las causas que determinan las consecuencias prescritas, para caso de dolo, culpa o voluntad por el artículo 150 (imponer sobre otros bienes la parte del capital que deje de estar asegurado por la disminución del valor de la finca, o redimir el censo, mediante el reintegro de todo su capital); por una parte el legislador tra

ta de evitar que quede reducido a un crédito personal el derecho que tiene el censualista (1); de otra se proclama el principio de la responsabilidad del censatario por la "mala cuenta" que ha dado de la finca, es decir por el incumplimiento de su obligación de conservar.

El hecho de quedar comprendidos estos artículos dentro de los que regulan la hipoteca, y dada la exactitud en que en el artículo 188 R.H. se recogen las expresiones y sentido, nos permite poner en relación los preceptos mencionados y deducir consecuencias:

- 1.- Voluntad, se opone caso fortuito.
- 2.- Voluntad no supone intención de dañar el de recho del titular activo.
- 3.- Deterioro, se refiere a la obligación de conservar la integridad sustancial y económica (productividad de la finca y capital del censo), en definitiva la sustancia que es el va - lor. Esta obligación de conservar determina - la responsabilidad que se rige por las reglas generales dolo y culpa.
- 4.- Teniendo en cuenta que se trata de "satisfa-

(1) Sobre la opinión en los jurisprudencias, vide GIL De los Censos, Santiago 1880, pág. 90.

facere cumplidamente los intereses del censua-
lista", que es quien experimenta el daño de -
 ver disminuida su garantía, estas reglas de -
 responsabilidad se especifican por el carácter
 de obligatio propter rem, la cual tiende, en
 primer lugar, a mantener el goce pacífico de los
 derechos en la relación real (1).

Cual es la finalidad, o causa primordial, que el
 Derecho real de hipoteca debe perseguir?

La doctrina parece preocuparse de la misión de
 amparar al deudor, como persona más necesitada de pro -
 tección. Por ello aplaude y justifica en todo caso la ine -
 ficiencia real de algunos pactos (2) y limita, en este caso
 concreto, las posibles medidas que adopte el acreedor...

Todas estas son manifestaciones del contemplar
 a la hipoteca desde el punto de vista estrictamente de la
 realización.

(1) WANGEROW, veía la diferencia entre la posición
 del enfiteuta y la del propietario libre de cargas, en -
 que el primero no debe deteriorar la finca.

(2) MÓXO, piensa por el contrario, reconociendo a
 los pactos afectantes a las facultades inherentes en el De
 recho de propiedad trascendencia real con parentesco en
 los derechos reales, que más que rémora a extinguir de
 tiempos pasados parecen instrumentos adecuados para mati
 zar en la propiedad actual el cumplimiento de sus funcio
 nes altruistas. Colegio Notarial Barcelona, 46.

Esta protección no estaría exenta de inconvenientes; uno de ellos, tal vez el menos importante, es el de coartar al deudor, con la justificación de salva guarda de su libertad, la misma libertad en muchas ocasiones de acudir al crédito. Otra de las consecuencias, derivada de situar como centro de referencia la realización o anormalidad del derecho, es la de amparar la incuria, la mala administración y en definitiva el incumplimiento de la causa impulsiva, socialmente primaria, de la propiedad.

Por todas estas razones estimamos que debe darse más amplitud al artículo 117 en lugar de que quede - reducido, como hasta ahora viene sucediendo, a un precepto inerte sin ninguna utilidad práctica.

Por otra parte, si como viene admitiendo la dogtrina, el deterioro se limita a los menoscabos materiales, quedarían sin posible defensa actos voluntarios dolosos con tal de que no lo sean en el ámbito de lo estrictamente jurídico. Todas las hipótesis de deterioro no materiales, que no quedan fuera como hemos puesto de relieve, por interpretación gramatical estricta, creo que deben también albergarse dentro del mencionado artículo bajo una interpretación teleológica ya que a ellos alcanza la propia finalidad que con la devastación se prosigue.

De otro modo sólo cabría defensa contra el deterioro material directo, quedando eliminado cualquier otro perjuicio que trajera, incluso, consigo el empobrecimiento del bien garantido.

Y es que el crédito territorial tiene dos funciones primordiales que cumplir: una de ellas es la movilización de capitales a través de una mayor seguridad de su reintegro, por la confianza que inspira la garantía real, la otra, misión a mi entender tan importante, es la de colaborar más íntimamente con la propiedad, en lo que tiene de potencial productivo y, por ende, de exigencia social. En definitiva la interdependencia entre la causa de la propiedad y la causa crediticia.

Bajo este punto de vista se desprende la importancia que debe otorgarse a la acción de devastación como motor de enlace entre ambos principios fundamentales. Defender el uno a costa del otro es arruinar la institución.

Para ser consecuentes con estos criterios es evidente que se precisa dar mayor flexibilidad, suprimir muchas trabas que en sentido progresivo del derecho repulsa y organizar el crédito territorial sobre la base de la cooperación, antes señalada, de dos factores dinámicos, ambos tendentes a un fin primordial, paralelos por tanto, -

que vienen impulsados por la exigencia social.

De aquí que es más importante, volviendo a nuestro tema, configurar bien la mecánica de la acción que buscar posibles refugios de fuga. Acudir a la doctrina general de las obligaciones para resolver desde allí con criterios opuestos a este derecho real, es no ver más que una parte del problema. Desde el punto de vista que nos ocupa es más importante tener una seguridad del perfecto desarrollo de un derecho nacido para responder a exigencias ultra individuales que encerrarlo en un enfoque que, por ser estrictamente individual, pueda empobrecer el mismo sistema; más aun cuando se trata de amparar finalidades de tanta importancia social como pueden serlo las de fomentar la iniciativa privada en la construcción urbana o en la intensificación del cultivo agrícola. La intervención mediadora del Juez puede cumplir altamente estas exigencias en los supuestos todos de una mala administración, incumplimiento de condiciones justas, deterioro material, actos dolosos o negligentes, incuria del propietario. En él encontraría el acreedor la seguridad de la inversión y la garantía de su misión colaboradora, en tanto que el reintegro y empleo de su capital resulta doblemente amparado, antes y después del momento de incumplimiento.

Por eso puede ser más importante fortificar y dar aliento a la vida de este derecho real amenazado, mediante la intervención judicial, que precipitar el vencimiento del crédito y por consiguiente ocasionarle una muerte - prematura, con todas las consecuencias que esta trae consigo. Precisamente esta es una medida, que aventaja por las posibilidades de justicia, a la sanción excesivamente severa que en análogos supuestos se prescriben en el artículo 1648 respecto a la enfiteusis. Claro está que muchas veces no se podría rehacer lo destruido o recobrar lo que se perdió y para estos supuestos puede quedar la puerta abierta del 1176.

En todos los casos en que la finca disminuya de valor sin voluntad del dueño no se aplicará el 117 pero sí - puede convenirse la ampliación de hipoteca. AOC (1) afirma que tal posición no puede aceptarse sino con reservas.- La hipótesis que él plantea de que no sería exigible del - tercer poseedor que adquirió la finca hipotecada cuando esta había ya sufrido el deterioro, más que excepción supone, a nuestro entender, un límite; que no se exija del tercero no

(1) También en este sentido MORSELL, ob. cit. pág. 43. Si bien para él es sobre otros bienes del propietario sea o no deudor. Ob. cit., pág. 738, nota 1.

quiere decir que no pueda aplicarse a otros bienes del -
deudor. Incluso creemos que también debería afectar al -
adquirente si este asumió la deuda (1).

4). Carácter real de la acción.

De cuanto llevamos expuesto, pueden ya deducirse los
criterios doctrinales al calificar la clase y naturaleza de
la acción.

Para ROCA, en consecuencia con su interpretación del
117, se trata de una medida de carácter preventivo y no de
carácter reparador lo cual, estima, parece estar en contra
dicción con la economía del precepto el cual parte del he-
cho de consumación del deterioro con la consiguiente depre-
ciación de la cosa hipotecada e insuficiencia de la hipote-
ca constituida. Por tanto, dice el insigne jurista, ello -
obliga a creer que el artículo 117 de la ley prevé en este
caso un supuesto de tracto o continuidad, y pone como ejem-
plo el de que si el propietario está demoliendo la finca -

(1) Tanto más cuanto que el art. 115 permite ampliar
hipoteca para asegurar los intereses vencidos y no satisfe-
chos sobre los mismos bienes o sobre otros inmuebles del
deudor si la finca hipotecada no le perteneciese. El dete-
rioro, al repercutir sobre el valor, indica una merma del ca-
pital representado por la finca y por extensión analógica
se aplicará la razón del precepto tanto si se trata de los
intereses (frutos del capital) como cuando lo que se trata
de asegurar es el capital mismo que puede disminuir.

puede el juez mandar al dueño que se abstenga en su actividad demoledora (1).

Para HEDEMANN se trata de acciones defensivas de carácter real que se dan durante todo el curso de la relación hipotecaria. En derecho alemán caben, como anteriormente pusimos de manifiesto, las dos medidas preventiva y reparadora a cuyos supuestos se refieren los párrafos 1133 y 1134 B.C.B. a los que completa el 1135 referido a la omisión (2).

En la doctrina italiana se concibe generalmente - como acción preventiva dirigida a impedir los actos dañosos al fono hipotecado (3), o como una acción reparadora ejercitable "erga omnes".

Si bien en Italia, se discute en la relación a la posición que se adopte respecto de la naturaleza de la hipoteca la causa de donde deriva. Para CARNELUTTI ampara - una obligación accesoria a una situación procesal, o mejor la carga de conservar el destino de los bienes sujetos

(1) ROCA, ob. cit. pág. 738.

(2) HEDEMANN, ob. cit., pág. 419.

(3) COVIELLO, Rivista D^o. Civile año XXVIII, n. 1, pág. 4 y ss.

a la ejecución. No es, por tanto, acción autónoma.

Otros autores, desde un punto de vista obligacionista, ven en ella una modalidad más derivada de la relación obligatoria (1).

Pero en todos los autores no estrictamente procesalistas se concibe la acción como autónoma y directa (2), índice por tanto de un deber precedente de conservar, y no de una simple carga; ya se conceptúa este deber con criterios obligacionales sensu stricto o como manifestación de una obligación contenida en el derecho real.

Para nosotros, en consecuencia con cuanto venimos exponiendo, se trata de una acción autónoma (en el sentido de independiente de la acción ejecutiva) y de naturaleza real. Ampara la integridad del objeto de hipoteca (la cosa dentro de la relación de propiedad o de otra relación real), y es ejercitable erga omnes. Tiene carácter preventivo y reparador. La acción de devastación colabora, desde fuera, a la efectividad de la responsabil

(1) ALDO PAIS, pág. 13.

(2) DISTASO, pág. 66, desde el punto de vista del Derecho real. V. además pág. 119. ANDRIOLI en Commentario Sciolaja-Branca Tutela dei diritti, pág. 43; también PUGLIATTI, COVIELLO, etc. Vide, además páginas anteriores sobre el criterio doctrinal en el Derecho italiano.

dad pero no surge "ex substantia" de esta. En lo que coincide con la acción pauliana (1). En cambio se diferencia de esta en que la acción de devastación se deriva de la vinculación real de un objeto determinado. La acción revocatoria supone una disminución de garantía que ocasiona un daño injusto al acreedor en cuanto queda insatisfecha su "causa credendi". En tanto que la acción de devastación supone ^{para su ejercicio} un daño al acreedor como consecuencia de una disminución de garantía, más no en cuanto a la "causa credendi" sino en cuanto a la causa de la relación real (2).

(1) CASTRO, La acción Pauliana y la responsabilidad patrimonial "R.D.P. 1932, pág. 198".

(2) Por eso es erróneo sostener, como lo hace GULLON BALLESTEROS, que los actos de deterioro de la finca son - actos de deterioro del crédito, ob. cit., pág. 134.

CAPITULO CUARTO

La hipoteca altera la facultad de disponer

I. La integridad de la garantía como límite de la disponibilidad.

Ya hemos visto anteriormente cómo y en qué medida la hipoteca afecta a las llamadas facultades materiales. El dueño ha de contar con que, junto a su derecho de propiedad, dentro de la relación real hipotecaria coexiste el derecho del acreedor hipotecario. Para lograr la coexistencia armónica de ambos derechos, el titular dominical, a consecuencia de la obligación "propter rem" de conservar la integridad sustancial del bien gravado, ve restringida su facultad de utilizar la cosa en la medida en que su actuación pudiera provocar un deterioro, material o jurídico-económico. El propietario de una cosa hipotecada no puede equipararse bajo este aspecto al propietario de cualquier otra finca libre de gravamen.

En este capítulo examinaremos el impacto que la hipote

ea representa dentro de las llamadas facultades jurídicas, singularmente en la facultad de disposición.

Para ello es preciso, en primer lugar, analizar el concepto de facultad de disponer tomando posición en una de las cuestiones más debatidas de la ciencia jurídica y precisar, en segundo término, el sentido en que, para nosotros, la hipoteca restringe la facultad de disponer.

Para su mejor comprensión dividiremos el capítulo en dos partes: una primera en que nos ocuparemos de la concepción y caracterización de la facultad de disposición y otra, segunda, en que estudiaremos en concreto la repercusión en ella de la hipoteca.

1) Generalidades sobre la facultad de disposición.

Un examen minucioso de las posiciones mantenidas, en el primer aspecto señalado, excede con mucho de las posibilidades de este trabajo, por lo que nos limitaremos a subrayar las líneas generales en que coinciden las teorías que estimamos de mayor relevancia.

La doctrina que pudiéramos llamar tradicional o clásica considera el ius disponendi como formando parte del contenido del derecho de propiedad.

En este sentido, las definiciones de los romanis-

tas que basan el dominio en el ius disponendi, como BARTOLO, para quien "Dominium est ius de re corporali perfecte disponendi", ALCIATO "ius perfecte disponendi", BALDO, DUARENNO, etc., todo el grupo de autores inspirados en la de BARTOLO (1).

La posición de quienes estiman que la facultad de disponer forma parte del contenido del derecho de propiedad ha sido unánimemente admitida en España por nuestros tratadistas (2), y es el criterio generalmente admitido - por la doctrina alemana (3) y un buen sector de la doctrina italiana (4).

Contra esta concepción tradicional reacciona la -

(1) BARTOLO, en D. 17, 1, vide SCIALOJA, ob. cit. pág. 272.

(2) SCAEVOLA, Comentarios al C.C. 3ª ed. tomo VII, pág. 44. MANRESA, Comentarios al C.C. 3ª ed. tomo III, pág. 139, DE DIEGO, Instituciones de Derecho Civil español, 1929 I, pág. 318, ROCA, ob. cit. IV, pág. 61.

(3) VON THUR, ob. cit., I, 207, ENNECERUS, KIPP-WOLFF, ob. cit. VI, F. 3ª pág. 300, HEDELMANN, ob. cit. II, pág. 142.

(4) PUGLIATTI, La proprietà nel nuovo diritto, ob. cit., pág. 133, también en Considerazioni sul potere di disposizione, "Riv. Dir. Com.m." 1940, XIX, N-II-12, págs. 518 ss. Introduzioni ad una teoria dei trasferimenti costitutivi, en "Annali della Università di Messina", V, págs. 48 ss.; CARNELUTTI, Teoria general del Derecho, ob. cit. pág. 206. COVIELLO, Diritto Civile, Parte generale, ob. cit. págs. 23 ss. MESSINNO, Manuale di Diritto Civile e Commerciale, ob. cit. pág. 239, BARASSI, Proprietà e comproprietà, ob. cit. pág. 462, etc.

doctrina más reciente. La facultad de disponer -se dice- no está referida al contenido del Derecho sino adscrita en la esfera de la persona.

Y ya, dentro de esta adscripción al ámbito personal, en esta concepción hay dos principales direcciones: que está integrada en la capacidad, o, de modo más general, en la titularidad del derecho.

Aun entre los mantenedores de la primera opinión no reina unanimidad de criterio. Para algunos su fuente está en la capacidad de obrar, según otros su centro de referencia se sitúa en la capacidad de disposición.

CHIOVENDA que la incluye en la capacidad de obrar sostiene que "esta capacidad puesta en relación con los derechos subjetivos singulares que pueden ser objeto de la disposición, da lugar a otras facultades de disposición, concretas, que viven paralelamente junto a los derechos, con autonomía" (1).

También FERRARA considera que la facultad de disposición es una facultad jurídica que tiene su raíz en la capacidad general "ad agere" (2) y no dentro del conteni-

(1) Vide CHIOVENDA, en "Riv. dir. proc. civ. 1926, I pág. 85".

(2) Vide FERRARA, Trattato de Diritto Civile Ita-

do del derecho. Cuando se dice que la facultad de disposición, es un poder que entra en el derecho de la propiedad se comete un error evidente. El propietario que enajena - transmite la propiedad; la propiedad es por tanto objeto de la enajenación. Mas la fuerza que transmite la propiedad no puede ser una parte de ella, sino que ha de estar fuera. Esto es, lo transferido, no puede estar al mismo - tiempo en lo que transfiere. Con el clásico ejemplo de THON (1): Yo puedo arrojar lejos una piedra, pero nadie dirá por ello que es la piedra la que me da fuerza para arrojlarla. La fuerza estaba en mí, la piedra formaba sólo el objeto de la aplicación. Ciertamente, se concluye, para transmitir un derecho es preciso tener poder de disposición mas este no está ínsito en el derecho transmitido sino en la capacidad jurídica.

VILLAVICENCIO, entre nosotros, ha defendido brillantemente una posición semejante (2). Para VILLAVICENCIO en-

liano, ob. cit. pág. 326. Más recientemente rectificó la expresión refiriéndola a la capacidad jurídica. Vide I negozi sul patrimonio altrui, en Scritti giuridici, III, Milano 1954, pág. 421 ss., donde expone su crítica a Carliota-Ferrara.

(1) THON, Norme giuridiche e diritto soggettivo, traducción de Alessandro Levi, Padova 1951, pág. 319.

(2) VILLAVICENCIO, La facultad de disposición, ob. cit. 1027 ss.

tre capacidad de disponer y facultad de disponer media una relación de potencia a acto. La facultad de disponer es la capacidad actuada, requiere que el sujeto tenga capacidad de disponer y que el derecho sea "apto" para que de él se disponga. La capacidad de disponer como presupuesto de existencia de la facultad ha de persistir en el momento de verificarse e acto dispositivo.

Por eso, afirma, la facultad de disponer es de rango distinto a las demás. Dicha facultad no pertenece al contenido del derecho, sino que es una facultad externa y común a casi todos los derechos subjetivos patrimoniales.

Es el derecho subjetivo quien viene a ser objeto de la acción, de la facultad dispositiva. No es la cosa lo que se dispone sino la atribución de poder sobre la cosa, es decir, el derecho subjetivo que tiene una propia razón de ser, un valor objetivo. Por eso cuando disponemos de un derecho no ejercitamos un poder incluído en ese derecho. Lo transmitido no puede ser al mismo tiempo lo que transmite. Ello equivaldría a consagrar la teoría de la autolocomoción de los derechos. El derecho entrañaría en tal supuesto el principio de su vida y de su muerte, y el principio de contradicción nos detiene en el camino. Por eso la facultad de disponer es accesoria del derecho subjeti-

vo sobre el que obra y de la titularidad del mismo derecho (1).

VILLAVICENCIO entiende que la disposición presupone el disfrute en el sentido de que los actos dispositivos -como los enajenativos- no operan más que sobre masas de disfrute y no puede hablarse de disposición sino cuando el titular de un derecho haya procurado que con su acto salga del patrimonio una posibilidad fructífera de aquel; por otra parte la disposición implica el traslado de un derecho al patrimonio de otro.

Las consecuencias de esta construcción, más próximas al objeto de nuestro trabajo, son por una parte que - los actos de constitución de un derecho real de garantía no son actos de disposición propiamente dichos, y que los derechos de garantía, por otra, no reúnen las características de derecho real y pertenecen más al campo de la acción. Para VILLAVICENCIO, posición por lo demás muy admisible, el patrimonio cumple dos funciones fundamentales: la natural de disfrute y la de sustentáculo de responsabilidad. Con los derechos que comprende sucede lo mismo. Los derechos constituidos sobre el disfrute son los dere

(1) Se adhiere a esta tesis JORDANO BAREA, vide Mandato para enajenar en "A.D.C. 1950, pág. 1042".

chos reales en sentido estricto, siempre que protejan un interés conservativo. En tanto que los derechos reales de garantía no suponen más que una concreción de la función de responsabilidad concediéndose una posición preferente a un sujeto, por lo cual, necesariamente, hay que proteger al derecho contra todos, pero sin reunir por ello las características de derecho real. Y en esto ya no podemos estar de acuerdo.

Es preciso hacer a la tesis de VILLAVICENCIO, entre otras, las siguientes observaciones:

En primer lugar el sentido restrictivo de su concepto de la disposición. VILLAVICENCIO tiene en cuenta un aspecto -tal vez el más importante pero no el único en que se manifiesta la facultad de disposición-, "la capacidad de obrar en su concreta función dispositiva", es decir en el ejercicio traslativo. Y aun dentro de esta actividad traslativa lo reduce a solos los actos que hagan salir del patrimonio una posibilidad fructífera.

Sin embargo son también de disposición algunos actos no traslativos vg. el transformar económicamente la cosa, la reducción del derecho, la renuncia cuyo carácter abdicativo es independiente de la atribución a un tercero del derecho perdido por el renunciante, etc.

Del mismo modo su concepción del derecho real ya que para él sólo "conceptualmente" son derechos reales - los de disfrute (en lo que parece coincidir con GORLA) y se constituyen por tanto mediante la atribución de alguna facultad de disfrute que exige su traslado de un patrimonio a otro (en lo que se aproxima a CARNELUTTI).

A la no necesidad de tal traslado ya hicimos referencia en páginas anteriores y, por otra parte, no alcanzamos a comprender cómo VILLAVICENCIO elimina de entre los derechos reales a los de garantía para llevarlos al campo de la acción, utilizando el argumento de que no protegen un interés conservativo -que en él parece condicionar incluso los derechos reales de disfrute-. Sin duda alguna por contemplar, como la doctrina procesalista o la teoría de la relación del valor, sólo la fase dinámica o de ejecución, en suma el *ius persecuendi erga omnes* y el *ius praelationis*, desde donde lógicamente se llega a la conclusión de que estos derechos pertenecen al campo de la acción. De seguir esta posición tendríamos que coincidir con VILLAVICENCIO ya que si la característica es la posición preferente o prelación, ésta no es otra cosa que una alteración del principio "*par conditio creditorum*" pero no un límite de la disponibilidad; más aún, ni siquiera exige un acto de disposición. Por eso es errónea la postura de cuantos admiten que

la hipoteca, centrada en el *ius praelationis*, limita como derecho real a la facultad de disponer, viendo en la prelación un obstáculo a la transmisibilidad (1)

Ante la antítesis de ambas posiciones que pudiéramos llamar objetivas y subjetivas, es posible hablar de - una tercera concepción eclesástica o sinorética.

Dentro de ella podríamos incluir a VON THUR quien sostiene que el poder de disponer del derecho subjetivo corresponde a su titular y se presenta como una facultad que integra el contenido del derecho. El poder de disponer respecto a la esfera jurídica propia constituye una - condición de nuestro estado jurídico. Por lo que el poder de disponer está dentro de la esfera de la persona, mientras que la facultad de disposición forma parte del contenido del derecho; es una de las facultades contenidas en él (2).

Y a quienes, como BARASI, distinguen los actos dispositivos en materiales, o que recaen sobre la sustancia, y de disposición jurídica. En ambos supuestos, se dice, el poder de disposición tiene una raíz distinta. Se trata en

(1) Vide MARIO D'ORAZI, Della prelazione legale e volontaria. Giuffrè, 1950, pág. 95.
Milano

(2) Vide VON THUR, ob. cit. 207.

el primer caso de un poder contenido en el derecho de propiedad (actos que lo modifican, actos que la destruyen extinguendo con esto el derecho de propiedad), en tanto - que el poder dispositivo se limita a sa expresión de la capacidad de disposición cuando se trate de actos de disposición jurídica (actos de enajenación, constitución de de rechos reales limitados los cuales no se refieren a la co sa más que a través del derecho de propiedad)(1).

FEDERICO DE CASTRO (2) considera que la facultad de disposición no deriva de la capacidad de obrar (hay de rechos inalienables) ni forma parte del contenido (incapacidad de disponer) y que está condicionada por una y por otro y además por diferentes circunstancias (representación, fiducia, cotitularidad). Corresponde a la titularidad y depende de su naturaleza, es decir, de la situación activa que tenga una persona (sea o no el sujeto del dere

(1) Vide BARASSI, Propietá e compropietá, ob. cit. pág. 462. También PLANIOL para quien lo que caracteriza y distingue al derecho de propiedad es la facultad de dispo ner de la cosa, consumiéndola, destruyéndola materialmente o transformando su sustancia, en tanto que a la teoría de la persona o de los contratos y no al de la propiedad corresponde el estudio de los actos jurídicos de disposi ción, vide PLANIOL, Traité Pratique de Droit Civil Fran çais, ob. cit. pág. 226 ss.

(2) FEDERICO DE CASTRO, Derecho Civil de España, ob. cit. 657.

cho) en la relación de la que el derecho subjetivo depende.

Creo que es preciso analizar en el engarce de todos los elementos apuntados por la doctrina para llegar a una verdadera distinción.

A nuestro entender el poder de disposición pertenece a la esfera de la titularidad, si bien, y por lo mismo, se proyecta en el objeto. Porque el objeto pertenece al titular éste tiene sobre él una situación de poder.

El poder de disposición es inherente al esencial "operare" de la persona, es plenitud de poder, es el despliegue de la personalidad sobre una situación que socialmente le ha sido confiada.

Por eso el poder de disponer es un poder de decidir; poder de decidir incluso de la propia situación. El propietario decide acerca del destino de la cosa; decide si junto al suyo deben nacer derechos sobre la cosa a favor de otras personas; decide si su propio poder jurídico como un todo ha de pasar a otro (1). Precisamente por esto se ha definido el poder de disposición como la "facultad" de determinar el destino jurídico (2).

(1) Vide HEDEMANN, Derechos reales, ob.cit.pág.142 ss.

(2) Vide WINDSHELD, Diritto delle Pandette, ob. cit. pág. 591.

Pero la norma configura la situación de poder al conceder el derecho correspondiente. Lo cual supone señalar cauces posibles de actuación, en definitiva enmarcar a las facultades dentro de los límites en que han de desenvolverse. Para ello tiene en cuenta la función del derecho y la causa de la relación.

Esto determina una corriente recíproca entre el poder de disposición y la facultad de disposición. A través del poder, la relación y el derecho se centran en la titularidad y entran en el ámbito de la capacidad jurídica, que une directamente a la persona las más diversas situaciones jurídicas. Pero, a su vez, este poder de disposición solamente puede actuar siguiendo las directrices -facultad disposición- que el derecho le permite (1).

De donde el poder de disposición, estando referido a la persona (2) no es algo que la norma concede, ni puede

(1) Teniendo poder de disposición, la capacidad de disponer puede suplirse vg. por representación. Más esta no atribuye el poder dispositivo sobre la cosa objeto de transmisión si carecía de él el transmitente. Sólo en determinadas ocasiones y por circunstancias específicas vg. protección a la apariencia, buena fe, etc., la ley suple la carencia de este requisito.

También las manifestaciones de su ejercicio se califican de modo diverso. La falta de poder de disposición determina la inexistencia del acto dispositivo, la carencia de capacidad para disponer lleva consigo la anulabilidad, la falta de la facultad de disponer implica la nulidad de pleno derecho. Vide, sobre esta cuestión la interesante S.T.3. 20 octubre 1954.

(2) No hay que olvidar que la persona es un "prius"

quedar encerrado en los moldes de cada derecho ya que les precede. Preside la totalidad de la esfera patrimonial. Por lo mismo no es una mera relación entre un sujeto y un patrimonio dado (1).

En tanto que la facultad está condicionada por la estructura y función del derecho, en suma por la causa (en su sentido de por qué jurídico) de la relación. Precisamente por eso es concreta y variable en cada derecho (2). Por lo mismo en ella cobra sentido la expresión de que el derecho es "apto" para el tráfico; en definitiva será apto para el tráfico aquel derecho disponible, es decir el derecho al cual sea inherente la facultad de disposición. Lo

del Derecho, y por tanto el ser de la persona no es una concesión del ordenamiento jurídico. Vide, el importante prólogo de HERNANDEZ GIL a la obra de PASCUAL QUINTANA, "En torno al concepto del Derecho Civil". Salamanca 1959, pág. II se.

(1) CARIOTA FERRARA sostiene que es consecuencia natural de la pertenencia del patrimonio del sujeto del negocio, o si se quiere de la identidad entre sujeto del negocio y titular del patrimonio. No se trata, dice CARIOTA, de una relación entre un sujeto determinado y un patrimonio dado, relación que funciona como presupuesto o condición de la relevancia del negocio jurídico. Vide I negozi sul patrimonio altrui. Padova 1936, pág. 37 es.

(2) Por eso se puede decir con COVIELLO que las facultades no tienen más vida que la misma vida del derecho del que forman parte integrante; no tienen existencia propia, son manifestaciones del derecho mismo. Vide, COVIELLO, ob. cit. pág. 23.

demás es simple cuestión terminológica (1).

La soberanía de la persona sobre el patrimonio y sobre cuantas relaciones singulares lo integran, se manifiesta en un "eligere viam"; en esta posibilidad de elección y de decisión radica fundamentalmente su libertad y, a su lado, la responsabilidad. Pero en el Derecho los caminos vienen señalados por la norma de acuerdo con una planificación de las exigencias de la comunidad, inspirada en criterios de justicia. Se tiene poder y libertad de seguirlos o no, pero las consecuencias vienen prefijadas mediante el juego de las facultades. La facultad es la posibilidad de actuar comprendida en los límites del derecho subjetivo. En este sentido se puede decir que el derecho tiene en sí mismo la razón de su propio movimiento.

Así vg. la renuncia es consecuencia del poder dispositivo, no es en tal sentido, inherente al derecho, sino preeminente, está fuera del derecho y dominándolo. Su ejercicio exige como presupuesto la titularidad del derecho a que se renuncia y por tanto la capacidad jurídica, más la causa de la relación y por tanto la función del derecho influyen positivamente vg. irrenunciabilidad del derecho de

(1) Así VILLAVICENCIO cuando expone "Consideremos a un derecho cualquiera una vez ya dentro del patrimonio, es decir unido a él por una nueva titularidad. Este derecho puede haber entrado en dicho patrimonio con la nota de disponible o indisponible (por ejemplo el derecho de uso y de habitación). Vide, loc. cit. pág. 1052.

alimentos, etc.

2) Su aplicación a la hipoteca

Consecuente con sus principios y sin abandonar por ello la concepción realista, THON sostuvo la tesis de que el poder de disposición (poder de venta en la hipoteca) no corresponde al contenido del derecho. La facultad de vender es un poder independiente del derecho real, no es un derecho sino un "posse" (ein Können). Con la transferencia de la facultad de venta al acreedor, el ordenamiento jurídico asegura a éste último un poder jurídico (rechtliche Macht), no una tutela jurídica (nicht rechtlichen Schutz) (1).

También FERRARA deduce de sus postulados que la "facultas vendendi" no corresponde al derecho real. La realidad de la garantía estriba para él, no en la posibilidad de hacer vender la cosa vinculada, que es un acto preparatorio para la aprehensión del valor, sino en el conseguir este valor con exclusión de todos. Al acreedor se le reserva el poder -consumada la enajenación de la cosa a instancia suya o de terceros- de satisfacerse realmente sobre el valor recabado, esto es, de utilizar el objeto apropiándose el precio hasta la concurrencia del crédito, frente y con exclusión de todos (2)

(1) Vide, THON, ob. cit. pág. 180

(2) FERRARA, ob. cit. pág. 365.

Y cuantos patrocinan la teoría de que la hipoteca es un derecho real de realización de valor esencialmente y que la facultad de disposición es parte del contenido del derecho, ven la realidad de la garantía en el cercenamiento de esta facultad, al otorgarse al acreedor la facultad de transformar la cosa en dinero y apropiarse de la parte que le corresponde. La facultad de transformar la cosa en dinero se integra en la disposición (1).

Desde este punto de vista una vez constituida la hipoteca queda colocado el valor en cambio o de realización a la disposición del acreedor, La hipoteca, dice ROCA, entraña en cierto modo una limitación en las facultades dispositivas que sustancialmente conserva el dueño del inmueble gravado. Como vinculación del valor en cambio, la hipoteca limita las facultades dispositivas en el sentido de que el propietario no podrá enajenar como libre el bien gravado; y como derecho de realización de valor, la hipoteca entraña limitación de dichas facultades en cuanto en caso de impago puede imponer la venta forzosa al dueño de la cosa hipotecada. El propietario del inmueble conserva el ius disponendi -todo pacto en contra es inoperante- pero el mismo no subsiste intacto, pues está minado por el derecho de hipoteca que lo restringe o limita en aquellos dos indicados sentidos (2).

(1) Vide, VON THUR, ob. cit. II, pág. 72.

(2) ROCA, ob. cit. pág. 70, vide además pág. 32.

Ya hemos expuesto anteriormente cómo en la teoría de que la hipoteca recae directamente sobre el valor de realización es difícil mantener el perfecto equilibrio y por ello se presta a desviaciones peligrosas.

Desde esta posición CHIRONI, para quien la hipoteca aunque recae sobre la cosa, tiene como objeto el valor, o mejor, sujeta a la cosa a través de su valor, llegó a la conclusión errónea de que el acreedor que tiene un derecho adquirido sobre el valor de la cosa, valor que señala los límites del poder que permanece en el propietario, es un adquirente del valor. Del goce y disposición de la cosa dada en garantía, sostiene, se ha extraído el valor abstracto en la constitución, respecto del que la hipoteca equivale a su enajenación. A la venta el acreedor hipotecario no procede en calidad de propietario, sino por la especial virtud de la relación de que es titular; su derecho al valor que permanece frente al derecho de propiedad, y lo consigue no invistiéndose de ese poder que no le corresponde, sino procediendo por vía de liquidación a la transformación económica de la cosa. En definitiva la venta de la cosa es el ejercicio del derecho real (1).

Con lo cual CHIRONI separa arbitrariamente sustancia y valor. Como replica ROCA, la hipoteca no supone des-

(1) CHIRONI, ob. cit. pág. 538, V, II.

de que se constituye una enajenación de su valor en cambio (1).

Ya hemos visto, por otra parte, cómo se puede mantener la tesis de la realidad de la garantía considerando, incluso, que la facultad de disposición no forma parte del contenido del derecho, y que la "facultas vendendi" por tanto no integre el contenido de la garantía.

También se ha dicho que el poder de expropiar -sin abandonar por ello la concepción realista- en cuanto compete a todo acreedor, por tanto también a los quirografarios, no es característico, ni se puede basar en él la hipoteca (2).

Del mismo esta realización del valor y su ejecución se pueden explicar desde el punto de vista del proceso.

Y es que, insistimos una vez más, no se puede centrar la esencia de la hipoteca, como derecho real, exclusivamente en la realización de valor. Es mucho más importante indagar, para encontrar su calificación, en la fase de seguridad, es decir, en el "quid juris" de la vinculación (3)

(1) ROCA, ob. cit. pág. 62.

(2) Vide RUBINO, ob. cit. pág. 12.

(3) Vide ROCA "Sin embargo conviene destacar, incluso en la definición de hipoteca, este concepto de vinculación del valor de realización, lo cual evitara confusionismo y desviaciones al tratar de configurar exactamente la hipoteca, ob. cit. pág. 67.

que en la fase de ejecución.

3) Teoría de la indisponibilidad absoluta.

GORLA vio la vinculación en la indisponibilidad absoluta. La hipoteca implica un vínculo de indisponibilidad, que no es ni derecho real ni siquiera derecho subjetivo en sentido verdadero y propio. Es una consecuencia lógica de la función de garantía de un crédito. Si se trata de asegurar el fenómeno de la acción ejecutiva a un sólo acreedor lo mejor es retener el bien en el patrimonio de aquel que sólo puede ser ejecutado; el deudor (deudor y tercer dador). Para ello se impone el destino de un bien, que justifica su indisponibilidad. Una alegítima excepción al principio jurídico y a la exigencia económico-social de la libre circulación de los bienes, en virtud de otro principio y de otra exigencia económico-social de la tutela del crédito.

La hipoteca, sostiene, no produce ningún efecto - para el deudor, quien no puede disponer no porque tenga - un deber sino por efecto de un vínculo objetivo del derecho gravado que retiene la cosa en poder del deudor haciéndola indisponible. Por ello si el deudor traspasa los límites de la indisponibilidad, dice, será preciso distinguir entre la eficacia del negocio y la indisponibilidad

del deudor. La acción no sería la de anulabilidad, sino la reivindicación.

Ya hemos hecho alusión en páginas anteriores a esta extraña posición, cuyo único impacto fue el que en el nuevo C.C. se consignase la expresión de tercer adquirente reemplazando a la antigua de tercer poseedor. Comete, además, el error doctrinal, punto esencial de su constitución, de dotar de autonomía a la facultad de disposición como si se tratase de un elemento separable del derecho, cuando el mismo considera que es una condición objetiva del mismo, por lo que incurre en una grave contradicción.

4) Teoría de la indisponibilidad relativa.

De modo más realista, Distaso, ve también la esencia de la hipoteca en el vínculo que afecta al bien; vínculo que destinando el bien a la sujeción le deja insensible a todo eventual cambio de su condición jurídica fundamental (1). Es precisamente esta insensibilidad del bien hipotecado, del vínculo que lo afecta, la que atribuye la facultad de disposición al acreedor hipotecario, de la que "no se ve por qué, dice, CARNELUTTI, lamenta su falta". Es precisamente ese vínculo de insensibilidad el que significa una modificación en la condición jurídica del bien. Se trata de -

(1) DISTASO, ob. cit. pág. 116.

un vínculo de intangibilidad no absoluta sino relativa -frente a los restantes acreedores- y por su inherencia "omnibus inhaeret" al bien, al que sigue frente a cualquier poseedor (res transit cum onere suo), es de carácter sustantivo y de naturaleza real. En el mismo sentido MESSINEO (1).

Y esta concepción es la que va ganando cada día mayor número de adeptos, viendo la eficacia de la garantía, también y preferentemente, antes de que se desencadene la ejecución. Así, más recientemente, GINO GORLA, la expresa diciendo que el derecho del acreedor hipotecario a la conservación del inmueble hipotecado implica un cercenamiento del ius disponendi, en cuanto le impide, si no enajenar sí alterar, condiciones físicas o jurídicas de dicho inmueble (2).

Entre nosotros VALLET mantiene también la tesis de que la hipoteca es una sujeción de la cosa que impide toda disposición en perjuicio del acreedor y sea haciendo que -aquella no altere el derecho de éste, sea impidiendo su realización cuando no fuese posible aquella relatividad.

Y si los actos de disposición no es necesario que

(1) MESSINEO, Manuale, ob. cit. II, parte 2ª, págs. 74 y 75.

(2) GINO GORLA, Delle Ipoteche, en el Comentario - de Scialoja y Branca, libro 6ª, ob. cit. pág. 406 ss.

siempre sean positivos, pueden también consistir en - abstenciones, es lógico que el vínculo de indisponibi- lidad afecte también a los actos negativos (1)

Al acreedor, ningún acto dispositivo, sea de carácter jurídico, sea de carácter material, sea posi- tivo o sea negativo, puede perjudicar, ya que su derecho es inmutable ante las disposiciones jurídicas y goza de la acción de devastación frente a toda disposición ma- terial.

Por esto, GINOT (2) sostiene que los actos de disposición realizados por el propietario de la finca - hipotecada durante el tiempo de seguridad de la hipote- ca no pueden ser, ni son, actos dotados de una eficacia plena y absoluta, sino que son de una eficacia relativa (3) por el hecho de que están destinados a convertirse, o bien en actos plenamente eficaces, como si hubieran sido realizados por un propietario normal, o bien en actos que proporcionan al adquirente un derecho que este perderá en

(1) Vide VALLEZ, Hipoteca del Derecho arrendaticio, - ob. cit. pág. 98 ss. Vide además 258 ss.

(2) GINOT LOVATERRAS. La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución "A.D.C. 1955, pág. 1185".

(3) Sobre este concepto vide PUGLIATTI, en idéntico sentido.

un determinado momento: el de la adjudicación o venta de la finca. Es decir, el propietario no puede querer con eficacia (1) en perjuicio de la finalidad de la hipoteca, y ello, no porque no deba, sino porque no puede; no tiene virtualidad suficiente para realizarlos. Y esto de muestra que la hipoteca afecta al poder disposición del propietario hipotecante.

En todo coincide con la tesis, expuesta anteriormente, de DISTASO y de MESSINEO ya que como estos autores opinan que en sustancia la hipoteca modifica profundamente la condición jurídica -aunque desde el derecho sustancial- del bien gravado, por lo que sin obstaculizar la posibilidad de acto de disposición sobre el bien se subordina la eficacia del acto de disposición al resultado del derecho real (2).

A nuestro modo de ver, la hipoteca no sujeta el poder de disposición y en nada afecta a la capacidad. Precisamente por ello deja -contra Gorla- a salvo el principio económico que exige la libre circulación de los bie

(1) También para CARNELUTTI sujeción es la ineficacia del querer, vide Sistema ob. cit. pág. 61.

(2) Vide DISTASO, ob. cit. pág. 134. MESSINEO, ob. cit. 265.

nes, al que, más aun, para reforzarlo protege, desconociendo la eficacia real de los pactos o prohibiciones que indirectamente tiendan a contradecirlo.

Ahora bien, la existencia, dentro de la relación hipotecaria, de dos titularidades da lugar a restricciones de la facultad dispositiva. De la concurrencia en una misma relación de dos derechos nacen limitaciones recíprocas, establecidas por la ley en atención a la función de la garantía; el respeto a la integridad de la garantía es en todo caso un límite a la disponibilidad.

Por eso, si bien reconocemos esa restricción que el impacto de la hipoteca produce sobre la facultad de disposición, disentimos de los que creen que la esfera que resulta limitada es la capacidad de querer. Por lo que no se puede hablar de actos nulos o anulables y la misma noción de eficacia relativa presupone la capacidad para realizar actos eficaces, frente a los no singularmente protegidos. Sería absurdo decir que una persona es al mismo tiempo capaz e incapaz.

La que está limitada es la facultad de disponer, inherente al derecho, por lo que las relaciones que sobre su base se constituyan no son firmes, carecen de la firmeza de que carece también la relación básica sobre la cual se han constituido. Más no por ello se transfiere al acreedor hipotecario quien según el artículo 1859 C.C. no podrá apropiarse de las cosas dadas en garantía ni disponer

de ellas.

Como efectos de la ejecución respecto de derechos inscritos posteriores a la hipoteca, que denotan la carencia de firmeza, pueden señalarse entre otros:

- a) el adquirente del dominio de la finca hipotecada, aunque sea tercer poseedor, tiene que soportar el ejercicio de la acción hipotecaria y lo pierde al dictarse auto de adjudicación (1).
- b) Los derechos reales limitados de garantía - posteriores a la constitución se extinguen, aunque el remate sea suficiente para cubrir las responsabilidades hipotecarias. La razón no es otra que la imposibilidad de que los derechos subsistan cuando desaparece la relación principal sobre que se apoyan (la inversa es posible; la muerte del derecho puede no llevarse consigo la vida de la relación).
- c) Los derechos reales limitados de disfrute pos-

(1) Vide, GINOT LLOVATERAS, La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución, cit. pag. 1177.

teriores a la hipoteca se extinguen con la -
ejecución.

- d) En general todos los actos de dominio, impli-
quen o no derechos reales, son o pueden ser
inoperantes. Entre ellos los actos de modifi-
cación registral de la finca gravada.
- e) El propietario no podrá enajenar como libre el
bien gravado, y caso de impago -los dos aspec-
tos que señala Roca- puede imponerse la venta
forzosa al dueño de la cosa hipotecada. Lo que
supone expresar de modo particular el principio
"res transit cum onere suo."

II. La indivisibilidad de la hipoteca.

1) Clases de indivisibilidad.

La división de fincas es un acto de riguroso do-
minio. Sólo el propietario está facultado para realizar
la división. La división de la cosa implica, ordinariamen-
te, transformación de derechos. Se trata, por tanto, de
un acto de disposición.

Normalmente la división material conduce a una di-
visión económica y jurídica, más pueden concebirse, tam-
bien, aisladamente. En todo caso la indivisibilidad del de

recho de propiedad sólo de modo mediano radica en la cosa. El criterio para discernir la divisibilidad o indivisibilidad de los derechos suele ser independiente del objeto. También es cierta la afirmación de su contraria, la que se puede demostrar distinguiendo los varios tipos de indivisibilidad:

- a) material o física de la cosa; hay cosas entitativamente indivisibles. No susceptibles de partición material o intelectual.
- b) económica, cuando de verificarse la división material la cosa resulta inservible para el uso a que se destina o que su falta de valor repercute en la función social de la propiedad (unidades mínimas).
- c) jurídica. Dividida la cosa física o económica - mente, la relación en que se encuentra se mantiene indivisa y por ende la titularidad de los derechos. La relación, inalterada, ajena a los avatares de la cosa, continúa sirviendo de soporte a situaciones o derechos sobre ella constituidos.

Por esto, aunque la cosa sea materialmente divisible no lo será jurídicamente, si su división implica perjuicio a otros derechos que tengan también en ella su apoyo ma

terial (1).

Con este fin, el ordenamiento jurídico, concede al posible perjudicado diversos remedios. Así, en algunos derechos reales la norma prohíbe, incluso, la división material de la cosa vg. "no pueden dividirse entre dos o más personas las finas gravadas con censo..." y, el acto dispositivo contraviniendo la prohibición es nulo, con nulidad absoluta; en otros derechos reales se presupone la validez de los actos de división material de la cosa, más la protección normativa hace que la disposición hecha por el titular no afecte al posible perjudicado considerando, a tales efectos, indiviso el derecho: "si el predio sirviente se divide, la servidumbre no se modifica".

2) La indivisibilidad de la hipoteca es indivisibilidad jurídica.

Dentro de la hipoteca se concede al titular el derecho a la indivisibilidad jurídica. Al acreedor en nada le afectan los actos de división material o económica que realice el propietario ya que si estas producen deterioro en la cosa puede oponerse mediante el ejercicio de

(1) La noción de bien indivisible es amplia y de base jurídica y económica más que física. MEDRANO, Problemas de la división en la comunidad en "R.D.N. XIX, 1958, pag. 61 ss."

la acción de devastación y, en todo caso, la hipoteca - está toda entera, en toda la cosa y en cada una de sus partes, "tota in toto et tota in qualibet parte". De aquí que el acreedor pueda repetir contra cualesquiera de las fincas resultantes de la división o contra todas a la vez. De esta regla nace la llamada hipoteca solidaria la cual, más que un supuesto especial de hipoteca es una corroboración de la realidad, y, por tanto, de la regla general según la que los actos de disposición, en principio válidos y eficaces, no afectan al acreedor. Es una consecuencia más de la restricción que la hipoteca impone a la facultad de disponer.

Pero el principio de indivisibilidad puede sufrir atenuaciones. El artículo 123 permite a las partes que renuncien a las consecuencias que del mismo se derivan. Por esto se dice que es un requisito natural, impuesto por una norma establecida en beneficio del acreedor y por tanto renunciabile (1).

Creo, con todo, que se puede distinguir entre la indivisibilidad que responde más al aspecto de la realidad, de la adherencia, de la sujeción directa a la cosa, y la integridad que implica referencia al crédito, a la relación

(1) ROCA, ob. cit. pág. 78.

obligacional garantida. Esta distinción se manifiesta - en el hecho de que la indivisibilidad no repercute en - la esencia de la obligación ya que, como, dice ROCA, esta no se torna por ello indivisible ni solidaria.

De aquí que lo que está a disposición de las partes es, más bien, la integridad, es decir, la distribución cuantitativa (1).

Veamos, la utilidad de la distinción en su aplicación a un supuesto concreto.

3) La división por pisos del edificio hipotecado.

Dispone el artículo 218 R.H. que "cuando los diferentes pisos o departamentos de una casa pertenezcan a diversos propietarios, conforme a lo establecido en el artículo 396 C.C. podrán acordar los dueños de aquellos la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de la finca, sinque sea necesaria la previa distribución entre los pisos". Y el párrafo final del expresado artículo prescribe que "el acreedor hipotecario sólo podrá hacer efectivo su derecho, en los casos que menciona, dirigiéndose contra la

(1) Claro está que, por el principio de accesoriadad, la distribución del crédito entre cada finca, determina el alcance y extensión del gravamen. Pero en todo caso, más que de una excepción a la indivisibilidad jurídica, se trata de una división en tantas hipotecas como fincas resultantes.

totalidad del edificio".

Lo establecido en este artículo responde a la modalidad de régimen de la propiedad horizontal, mas pone de manifiesto la diferencia entre la adherencia del gravamen "a la totalidad" y la distribución. La hipoteca abraza por igual, como derecho real, al todo y a cada una de las partes que la integran, independientemente de cómo se distribuya cuantitativamente la cantidad por que respondan.

¿Será aplicable por analogía este precepto a los supuestos de hipoteca total de una casa que después se divida en pisos?, o la norma aplicable será la común establecida en el artículo 123?

MADRIDEJOS (1) se inclina a pensar que el régimen de los artículos 123 a 125 que se refieren a la verdadera y propia división de fincas no es de rigurosa aplicación a la división por pisos. Le sirve de base para sostenerlo la posición por él aceptada de configurar la propiedad horizontal con un tipo especial de comunidad. La división de una casa en pisos adjudicados a diversos titulares no atribuye a cada uno de éstos un derecho de propiedad exclusivo e independiente sobre su respectivo piso y, por lo tanto, en

(1) MADRIDEJOS ob. cit. pág. 224

la división de casas por pisos no hay verdadera y propia división de fincas. El verdadero objeto de derecho con existencia independiente y unitaria es el edificio, y la relación que recae sobre éste, considerado en su unidad, no puede ser otra que la comunidad. [Esta posición tiene la ventaja, en el orden práctico, de rechazar la "radical y no justa regla" de los efectos propios de las hipotecas solidarias, cuando falta convenio expreso, como determina el artículo 123 para seguir por analogía lo prescrito en el 218 R.H.

Es indudable que resulta más adecuado para el régimen de la propiedad horizontal singularmente cuando el préstamo se destine a la construcción del edificio y los pisos no hayan sido aun construídos y adjudicados.

A la misma conclusión se llega por otro camino sin intrincarnos en el problema de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal.

Los diferentes pisos susceptibles de aprovechamiento independiente tienen, ante la ley, la caracterización de fincas. Es cierto que no se les puede aplicar estrictamente tal calificación; así las mismas expresiones legales nos sirven de apoyo. El art. 8º permite que se inscriban "como" fincas independientes, y en el 107 se califica su inscripción como de fincas "especiales". Precisamente por este carácter, basta con que la construcción esté comenza

da. Puede ser finca independiente en este caso cuando aún no tiene consideración material.

Si el piso tiene la condición de finca, la división por pisos será división de fincas; división particular si se quiere, pero división al fin.

La hipoteca de la totalidad de la casa que después se divide en pisos es la misma hipoteca. Por lo tanto ésta subsiste íntegra sobre el todo y sobre cada parte. Pero, hemos dicho anteriormente, una cosa es la indivisibilidad de hipoteca y otra la integridad o distribución de responsabilidad hipotecaria. La especialidad de esta modalidad de fincas a efectos de hipoteca estriba en que está ya distribuido el valor de la parte privativa. Por lo tanto el requisito natural de la distribución -a falta de pacto o de norma expresa- desaparece. En esta hipoteca se trata de una distribución legal, aquí radica su especialidad. Nadie responde con mayor valor que el asignado a su piso en la inscripción, y, por tanto, el acreedor no podrá repetir contra cada piso por la totalidad de su crédito, con carácter solidario. La hipoteca, no obstante, gravita sobre todo el edificio y sobre cada parte; diferentes pisos susceptibles de dominio separado. Con lo cual, se respeta el carácter indivisible de la hipoteca, no se perturba la función social de la propiedad horizontal y quedan debidamente protegidos todos los intereses en juego, particularmente el

acreedor cuyo derecho permanece inalterado (1).

III. Los pactos otorgados por el propietario

1) El principio del respeto a la libertad del deudor.

La hipoteca no afecta al poder de disposición y el deudor por tanto tiene libertad de pactar, siempre que estos pactos no sean contrarios a la moral, al uso, o a la ley.

Los pactos más frecuentes suelen ser los de no - enajenar, no volver a hipotecar, no arrendar, subordinando generalmente a su incumplimiento el pacto de vencimiento anticipado.

La doctrina, en general, se muestra contraria a la admisión de tales estipulaciones.

Las razones que se alegan son, en síntesis, las siguientes:

- 1º) son nocivos al crédito territorial
- 2º) no responden a un interés serio y legítimo
- 3º) son producto de la situación angustiosa del deudor que pueden forzar la libertad contractual

(1) MADRIDEJOS, ob. cit. pág. 225.

- 4º) la mayor parte de las veces son inútiles (1).
- 5º) son contrarios al orden público, por contrariar al crédito territorial; y a la moral, - por hacer más dura la condición del deudor.
- 6º) que se trata de una condición imposible debiendo tenerse por no puesta, según el 1116, por ser de esencia de la hipoteca la enajenación de la cosa hipotecada.

En gran parte estas razones adolecen de un prejuicio inevitable dada la concepción de la hipoteca como un derecho existente sobre dos intereses contrapuestos, de los cuales debe ser especialmente protegido el que ostenta el deudor por la situación de persona económicamente débil.

Tales pactos, independientemente de que sean verificados en la hipoteca, se ven con recelo ante la necesidad de emancipar la propiedad inmueble de toda traba fey

(1) Semajante convención, expresa la E.M. de la Ley 61 (refiriéndose al pacto prohibitivo de ulteriores hipotecas) es absolutamente inútil para el primer acreedor, porque además de no dar mayor firmeza a la seguridad de lo que se estipula en nada perjudica al crédito que ha inscrito, puesto que ninguno de los hipotecarios posteriores puede anteponerse a él para la realización de lo que se le debe. Sólo es una condición onerosa que no debe tener fuerza civil obligatoria por carecer de objeto, por disminuir incessantemente sin justicia y sin aplicación posible el crédito territorial y por parecer más que como garantía aplicación posible al crédito territorial una exigencia exorbitante, arrancada a la situación angustiosa en que en momentos dados puede hallarse el propietario.

dal o señorial, impidiendo que se reproduzcan bajo la acción del capitalismo (1).

Mas ante una concepción que pudiéramos llamar - finalista de la hipoteca pudiera, tal vez, rectificarse el excesivo rigor con que, en términos generales, son tratados.

Desde el punto de vista de la coordinación de intereses, de la cooperación real y personal, de la mutua aportación, no son ya tan evidentes.

En tal concepción pueden no ser nocivos al crédito territorial. La libertad traería consigo más afluencia de capital y, con la mayor presencia del acreedor en la actividad posible del deudor, mayor seguridad en el cumplimiento de la finalidad social que el desarrollo del crédito territorial está llamado a cumplir. Una regulación exclusivamente proteccionista de una de las partes, en suma, de un interés, separa o retrae el lugar de unir, por tanto aleja en vez de atraer. En definitiva, ^{las} las trabas impuestas a la libertad de ambas partes de regular, dentro de los más legítimos postulados de justicia, sus propios intereses - cuando éstos coinciden con una finalidad que es al tiempo la que persigue la institución, pueden, en muchas ocasiones, ser nocivas para el crédito territorial.

(1) NUSSBAUM, Tratado de Derecho hipotecario alemán, ob. cit. pág. 94.

Tampoco puede decirse, de modo general, que resulten o pueden resultar abusivos, por la situación angustiosa del deudor. El deudor no es siempre un económicamente débil. Ni tiene por qué serlo, en todos los casos. Los créditos dedicados a la construcción, a la mejor explotación de una finca... no siempre se solicitan por necesidad angustiosa de un propietario insolvente. Un propietario diligente y un prestamista, sobre la base inicial de la confianza garantizada, poniendo en colaboración dos factores de producción -tierra, capital- o mejor, capital estático y dinámico, debieran tener libertad para que puedan por sí servirse de mutuo impulso. De ello pudiera brotar espontánea la realización de lo que constituye parte importante en la función social de la propiedad. Esta misma libertad permitiría al acreedor disociarse cuando no sea posible la colaboración, por la negligencia del deudor, falta de cuidado en la recta administración, deterioro del inmueble o no cumplimiento de condiciones lícitas estipuladas, de modo eficaz frente a cualquier poseedor.

Todos estos pactos no resultan así contrarios al interés público, ni son inútiles, ni se puede decir que sean ilegítimos.

Lo cual, no obstante, planteado en términos generales puede tener los mismos inconvenientes que la doctrina

na contraria, por lo que estimamos que debe darse una - mayor intervención al juez a quien, en cada caso en concreto, competiría examinar las condiciones establecidas al constituirlos.

Creemos, como ROCA, que el problema acerca del valor de las prohibiciones convencionales de disponer es preferible centrarlo más bien en el campo de su licitud que en la distinción entre su eficacia (1). Habrá de tenerse en cuenta la causa que las justifique, o la finalidad que con ellas se trate de conseguir, todo ello dentro de la organización social y jurídica de cada momento. Circunstancias todas que deben dejarse a la recta apreciación del juez (2).

2) Fuente y eficacia de las prohibiciones

Las prohibiciones de enajenar se centran por la doctrina

- 1) Sobre una alteración interna del derecho
- 2) en una limitación del titular para utilizarlo
- 3) en una denegación de la facultad dispositiva
- 4) en la falta de capacidad

(1) ROCA, ob. cit., tomo II, págs. 388 ss. 397 ss.

(2) Vide Res. 21 abril 1949.

- 5) en un gravamen real que afecta a la misma cosa
- 6) limitaciones de la autonomía.

Claro está que para tomar posición sobre este punto es preciso analizar antes las clases de prohibiciones para ver si es posible a través de sus efectos, seguir una dirección unitaria. No obstante, antes de entrar en ello, podemos eliminar algunas posiciones de las anteriormente señaladas.

La prohibición no es gravamen real, no hay relación real, produzca o no efectos contra terceros adquirentes. Y no es gravamen real por estas razones fundamentales:

- a) están fuera del derecho, obedecen a una causa extrínseca al mismo. Por lo tanto no hay alteración interna, intrínseca al derecho.
- b) En la prohibición no hay "conurrencia" de derechos. Los "límites" en los derechos reales son intrínsecos, connaturales al derecho: en la prohibición son extrínsecos, no afectan al derecho sino al titular, aunque le vengán impuestos desde el derecho mismo como un efecto reflejo de la norma vg. obligación de conservar en la sustitución fideicomisaria, etc. si bien, se dice, que cuando son exigencia de la

institución no son prohibiciones (1).

También se debe distinguir entre prohibición y falta de capacidad. La prohibición no es subsanable mediante representación, como la capacidad. La prohibición supone en la mayor parte de ocasiones la capacidad, vg. prohibiciones voluntarias.

Las prohibiciones de disponer voluntarias no tienen, por sí, virtualidad suficiente para constituir, modificar o alterar una relación real. Su ámbito de actuación quedó limitado al de la autonomía y sus resultados sólo pueden afectar al campo meramente obligacional. Por ello su incumplimiento produce efectos meramente obligacionales; si su prohibición está impuesta por una norma de carácter imperativo la consecuencia es la nulidad del pacto, nulidad absoluta por caer dentro de lo prescrito en el artículo 4º C.C.

Cuando el pacto de no enajenar se celebra entre acreedor y deudor hipotecario las razones que se han de aducir son otras. En la L.H. no se impone con carácter imperativo la nulidad del pacto, sino por la vía institucional, como una exigencia de la propia institución, la ineficacia, para dejar siempre a salvo la subhipoteca. Por eso no son verdaderas prohibiciones de disponer. Tales pactos serán ineficaces, en la órbita de la relación real. La au

(1) LADARIA CALDENTEY, Legitimación y apariencia jurídica, Barcelona 1952, págs. 33 ss.

tonomía no tiene virtualidad suficiente para modificar ^{por} el ^{mero} arbitrio de las partes una condición esencial que la norma prefija al configurar la institución. Por lo tanto se impone una limitación a la facultad dispositiva.

Determinado así el alcance y el por qué de tales limitaciones es preciso, ahora, analizar la extensión de las restricciones.

Es evidente que ~~la~~ interpretación del artículo 107 no podrá dársele alcance mayor que el que tiene o representa conforme a su finalidad institucional. No se pretende con él imponer una limitación general, sino concreta y determinada; ^{se} ~~dirigida~~ a resguardar la subhipoteca ~~sa~~ cándola del ámbito de la libertad de pactar con la fuerza del desconocimiento ^{dentro de la relación real de hipoteca} ~~de la relación normada~~ y, por ende, - con la inoperancia real, no obligacional.

Por tanto la interpretación del precepto ha de - ser restrictiva, y no debería comprender otros pactos que no obstaculicen lo explícitamente buscado en la ratio del precepto.

Todos los demás pactos deberían ser válidos y eficaces. Cuando no se den circunstancias de ilicitud de cuyo conocimiento entenderá ~~el Registrador~~ o el Juez en cada caso concreto, y pueden ser convenientes y recomendables, no sólo para las partes sino también para la más perfecta

ordenación jurídico social de la institución (1).

Por lo tanto pueden y deben constar en las escrituras que se formalicen en lo sucesivo, a fin de que puedan surtir, siquiera, efectos obligacionales entre las partes contratantes (2).

3) Jurisprudencia registral.

En general es contraria a la admisión de estos pactos prohibitivos en cualesquiera de sus manifestaciones, no sólomente desde el punto de vista registral.

Así se promuncian algunas resoluciones, si bien el artículo 1255 autoriza a los contratantes para establecer en los contratos todos los pactos, cláusulas y condiciones..., el pacto por virtud del cual el deudor se obliga a no hacer contrato alguno sobre la finca que sea inscribible en el Registro mientras no se verifique el pago del crédito se opone al principio de libertad de contratación que informa la legislación civil y especialmente lo dispuesto en el artículo 107 nº 4 L.H. Así, R. 9 junio

(1) Vide, también sobre la frecuencia y conveniencia de tales pactos ROCA, ob. cit., pág. 277.

(2) MORO LEDESMA, La relación entre el arrendamiento y la hipoteca, en "A.D.C., 1956, IX, 4, págs. 1345". Vide, también JOSE SERRAT, Derechos reales y pactos de transacción real, "R.C.D.I., 1948, n. 247, pag. 769".

1914, 12 noviembre 1913.

En otras resoluciones, sobre la base de 1255 y la ausencia de un precepto especial prohibitivo, se estima la validez del pacto de no enajenar la finca hipotecada. Pacto reconocido expresamente en la ley de 67, título 5º Partida 5ª que no puede tenerse por nulo aunque pudiera parecer contrario al espíritu y tendencias de la L.H. Así R. 3 mayo 1884, 13 julio 1905, 28 agosto 1907, 27 agosto 1912, resolución esta última que estima la validez por no contrariar disposiciones legales de carácter prohibitivo o preceptivo, ni acto alguno moral o de orden público, únicamente en los casos en que no podrían aquellas subsistir.

La jurisprudencia moderna se opone a la admisión de efectos hipotecarios de estas prohibiciones dejando a salvo los efectos civiles derivados del incumplimiento de tales pactos que, en tal sentido, se estiman válidos. V. Res. 25 noviembre 1935, que se pronuncia sobre la validez de estos pactos estipulados que expresa la escritura, si bien por carecer de eficacia real se deniega su inscripción.

Se admite el pacto de vencimiento anticipado cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) si el deudor no tiene las fincas hipotecadas a cubierto en el pago de todas las contribuciones que so-

bre ellas pesen,

- b) si no las tiene constantemente en el mejor estado de ouidado, conservación y cultivo,
- c) si no consigna en todos los contratos de arrendamiento, que de dichas fincas otorgue, que se tendrán por rescindidos dichos contratos de arrendamiento a contar desde el momento, y por el solo hecho de que se entablen reclamaciones judiciales o extrajudiciales, ~~a consecuencia~~ de la escritura.
- d) si no tiene constantemente aseguradas de incendios las fincas urbanas y a cubierto el pago de las primas del seguro.
- e) si enajena dichas fincas o si ejercita en las mismas obras o cultivos que disminuyan su valor o alteren el uso a que están destinadas actualmente.

La doctrina jurisprudencial estima válidos e inscribibles los pactos de no ejecutar en tanto no se den las circunstancias establecidas por las partes contratantes.

Así, es inscribible una escritura de préstamo con garantía hipotecaria sobre fincas legadas al deudor con prohibición de venderlas durante el plazo de cuarenta años a partir del fallecimiento de la causante, habiéndose obligado al acreedor en la escritura a no instar la ejecución para el cobro del crédito hasta que hayan transcurrido los referidos cuarenta años R. 18 abril 1952.

Con lo que rectifica un criterio mantenido anteriormente. En la R. 9 septiembre 1913, sobre una finca adquirida por la hipotecante con la condición de que no podría ser vendida gravada ni por título alguno enajenada mientras no llegase aquélla a la mayor edad, consignándose expresamente este pacto en la inscripción, estimó que no estando cumplida esta condición, puesto que según aparece en la escritura de hipoteca dicha interesada es menor de edad, es indudable que carece de facultades para imponer tal gravamen y que, en consecuencia, es improcedente la inscripción toda vez que se opone a lo consignado en un asiento del Registro cuya validez no ha sido impugnada en forma legal. En estos supuestos se trata más bien, a mi entender, de casos de precontrato de hipoteca que de hipoteca ya constituida.

Mención especial merece el pacto de no arrendar.

Este pacto suele consignarse de la vacilación doctrinal y jurisprudencial respecto de la suerte de los arrendamientos concertados por el deudor con posterioridad a la constitución de hipoteca, después de la fase de ejecución. Sobre este problema volveremos más adelante.

De la validez de tales pactos, en sentido afirmativo, se ocupan, entre otras, las R. 29 noviembre 190 , 12 agosto 1911, 27 agosto 1912.

En varias resoluciones se expresa la naturaleza per

sonal de estos pactos 6 julio 1917, 9 marzo 1918, 26 julio 1928. En la de 6 de julio de 1917 se dice que, aun cuando - el pacto de no constituir sobre fincas hipotecadas arrendamiento alguno que tenga carácter inscribible en el Registro, carece de las condiciones esenciales necesarias para ser mencionadas en el asiento de la hipoteca, por ser una promesa u obligación simplemente personal y negativa, no puede decirse que anula o invalida del derecho real creado, si no más bien, que ha de regirse por los preceptos del derecho de obligaciones. Y, en su consecuencia, la escritura en este particular, es defectuosa, únicamente por solicitarse en ella la inscripción del aludido pacto.

En la R. 29 noviembre 1907 se afirma que es válido y legal el pacto puesto que esta limitación, puramente temporal, no se halla prohibida por ley alguna, ni pugna con principios de orden público, ni moral, y que el pacto de no arrendar y el de no enajenar son completamente distintos e independientes. Resolución que, confirmando la providencia ^a apelada, declara inscribible la escritura.

4) Recientes criterios legislativos.

Estas condiciones, cuya eficacia real se viene - denegando cuando se establecen por pactos, se imponen en algunas leyes recientes. Así en la ley de préstamos a inquilinos

linos (1) se regula:

1) Vencimiento anticipado. Según el artículo 8º, el falseamiento de los datos (2) o requisitos cuya concurrencia es indispensable para obtener el préstamo, dará lugar al vencimiento anticipado del préstamo y acción para ejecutar la hipoteca con exigibilidad de los intereses vencidos y de los correspondientes a una anualidad más. También por falta de pago de tres cuotas mensuales de amortización, a tenor
 spuesto en el artículo 14.

Circunstancias todas que responden a una finalidad social sobre cuya base ambos intereses corren paralelos, por lo que no se trata de coartar la libertad del deudor sino encauzarla, normativamente, al cumplimiento del plan previsto. Una consecuencia de este concurso es la prevista en el artículo 12 sobre prohibición impuesta al prestatario de enajenar la vivienda o gravarla.

(1) Decreto 22 julio 1958, dictado en cumplimiento del ar. 7º de la Ley 24 abril 1958, sustituyendo a la de 15 de julio 1952.

(2) 1º) que el peticionario ocupe efectivamente la vivienda de que se trata con tres años por lo menos de antelación al 2 mayo 58. 2º) acreditar buena conducta. 3º) no ser el peticionario propietario o arrendatario de otra vivienda y que carezca de medios para adquirir la que habite. 4º) buen estado de habitabilidad y no afectada de derribo. 5º) que no exceda de la cantidad prefijada por la ley el importe a que el préstamo ascienda.

2) Arrendarla o ceder en cualquier otro modo su uso en un plazo de tres años; transcurridos estos tres años, de hacerlo sin autorización escrita de la Entidad prestamista.

Lo cual ni supone prevalerse de una situación angustiosa (aunque se exija carencia de medios económicos necesarios para adquirir la que habite en concepto de inquilino) ni es inmoral, ni injustificado, ya que los intereses particulares se integran en la aportación unitaria a una exigencia social.

Tiene particular interés, más adelante volveremos sobre ello, la prohibición de arrendar a pesar de que el artículo 14 prescriba que este procedimiento llevará implícito el lanzamiento del ocupante de la vivienda, cualquiera que sea.

En la ley de 18 diciembre 1954 de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento se prescribe el vencimiento anticipado; por mal uso, artículo 44; por falta de explotación en la patente (art. 51) o falta de uso; cualquier otra causa estipulada en la escritura de hipoteca, al efecto de dar por vencida la obligación, artículo 29, 9º entre otros; la prohibición de enajenar sin consentimiento del acreedor se prescribe en el artículo 4º; ^{también} Es causa de vencimiento anticipado la falta de pago de la prima del seguro (art. 6º) etc.

Este criterio se pone de manifiesto, una vez más, en el nuevo R.H. permitiendo a la libertad de las partes que estas determinen el contenido mismo del derecho de superficie y a tal efecto los títulos consignarán en la inscripción los pactos relativos a la realización de actos dispositivos por el superficiario, artículo 16, nº 1.

De todo cuanto llevamos visto podemos sacar como conclusiones las siguientes:

- 1) El propietario, deudor o tercero, conserva el poder de disposición pero tiene limitada la facultad de disponer. Puede pactar pero sin eficacia real.
- 2) No tiene sentido establecer, a priori, la inconveniencia o inmoralidad de unos pactos que pueden ser justificados y útiles para la eficacia social de la Institución. Lo contrario puede representar una merma innecesaria de la libertad que lleve consigo un efecto contrario al que se trata de conseguir: restringir la capacidad crediticia del deudor y, a veces, incluso, la posibilidad de obtener crédito.

CAPITULO QUINTO

La situación jurídica de la fase de seguridadI. Los actos realizados durante esta fase en situación jurídica carente de firmeza

Aunque suponga insistir una vez más en una cuestión ya analizada anteriormente, la constitución de la hipoteca ^{ya} ~~durante~~ ^{desde} la fase de seguridad provoca una grave limitación en la facultad de disponer, inherente al derecho, si bien el poder dispositivo resulta inalterado.

Como consecuencia, el propietario sólo podrá establecer cargas y limitaciones que no impliquen disminución del valor o de la sustancia de la finca hipotecada. Los actos de constitución son válidos y eficaces, plenamente en el ámbito obligacional, como consecuencia del poder que sigue conservando el titular dominical. Pero por estar gravada la relación real básica, todos los derechos derivados, constituidos sobre ella, están afectados, ^{y han de} ~~siguiendo~~ la suerte

de la relación sobre que descansan.

La situación creada desde la constitución de la hipoteca hace que cuantas sobre ella se apoyen sean situaciones jurídicas carentes de firmeza. Ningún acto de disposición, cuyo objeto sea el bien hipotecado, afecta al acreedor, ^{Mientras esté sujeto por la garantía} ~~en tanto que la sustancia del derecho está~~ ~~garantizada~~, queda insensible, en expresión de Distaso, a todo cambio o mutuo. ~~mento~~.

De aquí que el propietario puede vender, ^{mas} ~~siempre~~ ^{por lo que} con la afección real ~~la~~ venta no afecta al acreedor; el propietario puede hipotecar, pero la hipoteca no afecta al acreedor; el propietario puede establecer un derecho real limitado de disfrute, que no afecta al acreedor; el propietario puede establecer un derecho real limitado de disfrute, que no afecta al acreedor; puede dividir o segregar la finca hipotecada, ~~mas~~ no por ello afecta, sin su consentimiento, al acreedor...

Estas situaciones jurídicas, carentes de firmeza al constituirse, están destinadas a convertirse en situaciones firmes o a desaparecer, cuando cese la causa que las comprime. Por ello la ejecución de la hipoteca determinará la extinción de estos derechos, como el pago les dará plena firmeza. Cumplimiento o incumplimiento son los hechos deter

minantes.

Los actos del deudor, anteriores a la ejecución y posteriores a la constitución de hipoteca son, respecto de él, "res inter alios facta", si bien, en el mundo jurídico ^{sean} válidos y eficaces.

Más controvertida es la naturaleza jurídica de la venta forzosa y, por ende, de la adjudicación. Este problema, cuyo planteamiento y solución, concierne a los procesalistas para nosotros tiene gran importancia porque de él dependen cuestiones de interés práctico y doctrinal.

Al respecto se mantienen dos posiciones principales, si bien con diversas formulaciones dentro de cada una de ellas: la ^{de quienes} ~~que~~ consideran que se trata de un contrato y los que ven en ella un acto de disposición del órgano jurisdiccional autónomo en virtud de un poder público (1)

(1) La posición del adjudicatario parece idéntica a la del comprador en la venta voluntaria. Ahora bien, y es cuestionable, entre ejecutado y adjudicatario.

¿Se trata de sucesión?; en este caso, ¿originaria o derivativa? Parece ser opinión más común de sucesión derivativa; pero en este caso es discutible y discutido, también, el alcance. Vid. sobre la cuestión GINOT, ob. cit. pág. 1214 ss., para quien el derecho del adjudicatario se apoya no solo sobre el derecho del vendedor, sino también sobre el derecho del acreedor hipotecario. El adjudicatario sucede al ejecutado en cuanto a la situación jurídica que este tuviera en la finca en el momento de constituirse la hipoteca.

El adjudicatario recibe la finca libre de cargas por establecerlo así la ley (que sigue el sistema de purga); razón por la que es posible alegar que no hay sucesión, al faltar una de las condiciones, identidad de la relación jurídica, junto a la dudosa existencia de una relación de causa a efecto.

En síntesis se ha dicho respecto a la naturaleza jurídica:

A) Desde el punto de vista del Derecho privado.

1. Se trata de una venta, ya que se dan las dos prestaciones constituidas por la entrega de la cosa y del precio. Es la expresión utilizada por L.E.C. de 1514. La crítica, generalmente, hecha a esta construcción es la falta de consentimiento del dueño o vendedor. - Por ello se piensa:
2. que se trata de la expropiación de la facultad de disposición, que normalmente corresponde al dueño de los bienes, ^{Así} CHIOVENDA, para quien se trata de un contrato ^{entre} sobre el Estado -a través del juez- y el mejor oferente.
3. explicación a través del mecanismo de la representación (representación contra voluntad) mandato legal o negotiorum gestio). Una crítica acertada a estas posiciones en CARRERAS, ob. cit. pág. 92. Vid. además PUGLIATTI, Esecuzione forzata, ob. cit. págs. 251, ss.

B) Desde el punto de vista del Derecho público.

1. acto atípico estatal (STEIN JONAS, DERTMANN, PONAK). Vid. GUASP. La ejecución procesal en la ley hipotecaria, Barcelona, 1951, pág. 166.
2. Contrato procesal. Vid. CARRERAS, Embargo de bienes, ob. cit. pág. 50 por el que el juez ofrece bienes del ejecutado prescindiendo de la voluntad de éste, y en la misma ejecución, sin intervención del dueño, se llega a la formación de precio y al acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor sustituyéndose el consentimiento de este por el prestado por el ejecutor.

Pero en todo caso, formulado doctrinalmente de una u otra manera, produce de modo inconcuso estos dos efectos: la extinción (total o parcial) del crédito por el que se procede (y eventualmente de otros créditos) y la transferencia coactiva de los derechos. Entre ambos -efectos se da la relación de fin por el se procede y a medio para conseguirlo.

se

Mas, desde nuestro punto de vista, ~~de~~ la identidad de relación, que se ha mantenido inalterada por el vínculo, y pasa inmune, idéntica, desde la constitución a la adjudicación, ya que los cambios producidos en el interregno - respecto del derecho del acreedor se consideran inexistentes; con inexistencia real, no en todo caso obligacional. El nexo se da, también, ya que el adjudicatario adquiere el derecho del propietario a través de una causa, impuesto por la norma, que él previó al ~~constituir~~ ^{del dueño,} la hipoteca y, por ende; si bien la realización se ejercite contra su voluntad, no hubiera sido posible sin ella. Por otra parte, el juez, represente o sustituya la actividad, ^{del dueño,} ejercita siempre el derecho ajeno, que es el que se transmite, ^{si bien se} ~~independientemente,~~ ^{requiera} ~~sensu juridico,~~ de su mediación estrictamente instrumental.

traslado

II. Aplicación a los arrendamientos posteriores a - la Constitución de la hipoteca.

Con arreglo a estos criterios pasamos, ahora, a examinar la suerte de los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca. En este punto arroja abundantes luces la sola consideración de que la hipoteca es un derecho real constituído sobre el dominio y que, por lo mismo,

se afecta. Si un arrendamiento se celebra antes de la constitución del gravamen, se verá libre de la afección después impuesta. Si se constituye después de la "afección", se encontrará sujeto a la suerte de los avatares propios de esta afección.

1) Arrendamientos rústicos.

El artículo 9, p. 1º. de la ley 23 de julio - 1942 dice así: La transmisión por cualquier título de una finca rústica sobre la que al tiempo de verificarse aquella existía vigente un contrato de arrendamiento cuya renta anual no exceda de la equivalencia de cuarenta quintales métricos de trigo y siempre que el arrendatario cultive o explote en forma directa o personal, no será causa de rescisión del contrato.

Sobre las bases de este artículo parece, a primera vista, que los arrendamientos rústicos concertados con posterioridad a la constitución de la hipoteca deben quedar subsistentes si concurren todas las circunstancias mencionadas.

En la adjudicación forzosa hay, hemos dicho anteriormente, transmisión; luego si el arrendamiento está vigente al verificarse aquella y se dan las otras dos circunstancias (merced arrendaticia prefijada y explota-

ción directa y personal) el arrendamiento no será "rescindible".

La doctrina entiende, por el contrario, que esta transmisión no está sujeta al artículo 9.

Para GINOT este artículo no es aplicable por dos razones fundamentales; porque el adjudicatario no es un sucesor pleno del ejecutado y porque el propietario, una vez constituida la hipoteca, no es un propietario normal, sino que su dominio está afectado de una causa de posible pérdida por la concurrencia de determinados supuestos de hecho y que, en caso de que se produzcan, pierde, efectivamente su derecho. Por ello cae dentro del ámbito del 3^o de la ley de 15 de marzo de 1935 (1)

PEÑEZ TEJEDOR y SERRANO NORRÑO estiman que cuando la transmisión se derive de hechos anteriores a la formalización del arrendamiento, en cuanto queda resuelto el derecho del arrendador, por derivación habrá de considerarse resuelto también el contrato de cesión de disfrute de sus derechos, conforme disponen los artículos 24 y 25 ley 1935. Tal ocurre, dicen, si la adquisición se deriva, por ejemplo, de remate en ejecución de procedimiento hipo

(1) Vide, GINOT, ob. cit. 1220 ss.

teario o de la venta en su procedimiento de efectividad siempre que el arrendamiento figure concertado con posterioridad al otorgamiento de la hipoteca que dió lugar a la ejecución (1).

La ejecución que no determina, en su opinión, transmisión, mejor sucesión plena, retrotraerá sus efectos al momento de constitución.

Creo que es preciso distinguir varios momentos, antes de adoptar una posición unitaria y ver el desenvolvimiento en cada una de estas fases. Estas son:

1. constitución de la hipoteca.
2. fase de seguridad
3. fase de ejecución

Respecto a los contratos y gravámenes anteriores a la constitución de la hipoteca no hay cuestión. Después de la ejecución el arrendamiento anterior no es "rescindible" dándose la transmisión, a que se refiere el artículo 9 de la ley de 23 de julio de 1942.

Los arrendamientos celebrados por el deudor entre la constitución y la ejecución son válidos y eficaces ya que

(1) Vide PEREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO, Arrendamientos rústicos, Gerona, 1951, pág. 338.

tiene el arrendador capacidad y poder dispositivo (1). Ahora bien, la relación arrendaticia nacida como consecuencia de estos actos, no puede tener más alcance que el de la relación básica sobre que se constituye. No es cuestión de titularidad, poder o capacidad sino de relación, de carencia de firmeza de la situación principal.

El derecho del arrendatario esta apoyado en una base que no es firme, de aquí que ha de correr su misma suerte. Si la hipoteca se extingue mediante cumplimiento normal (pago) la firmeza de la situación principal dará consistencia al arrendamiento, que subsiste y continúa en el mismo estado en que se otorgó. Es uno y el mismo. Lo que prueba que se daban ya todos los elementos necesarios al constituirse y por ende sin ningún vicio o falta especial de requisitos; no se produce un supuesto de confirmación, conversión, etc., porque nada hay anormal si no la base de la relación sobre que se monta. Si se ejecuta por impago, el arrendamiento se resuelve y no sólo por un especial afecto retroactivo de la adjudicación, sino - porque durante la fase de seguridad la relación ha estado, respecto del acreedor, inerte, por la vinculación del gra-

(1) La S.T.S. 3-XII-1954 considera que por regla general el arrendamiento constituye en nuestro sistema un acto de mera administración; a no ser que se concierte por un plazo superior a 6 años.

vamen (1). Entonces hay, también, sucesión, pero desde la constitución a la ejecución saltando por la segunda fase. Por ello la transmisión es extraña al arrendatario ya que supone el salto del momento inicial al final inmediato, sin pasar por el intermedio que, a estos efectos, se considera inexistente (2). En conclusión no es aplicable el artículo 9° de la Ley de 23 de junio de 1942 al estar fuera de su ámbito. Habiendo transmisión esta no se ha dado a efectos del artículo 9. La transmisión no es ahora respecto del arrendatario, como antes lo fué respecto del acreedor, res inter alios facta.

Del hecho de que no sea aplicable el artículo 9° no se puede deducir que el arrendamiento subsista. Del ámbito del artículo 9° ley 1942, hay que llevar el supuesto al artículo 3° ley 15 de marzo de 1935, según el cual el arrendador deberá hallarse en posesión jurídica de la finca a título de propietario, usufructuario o cualquier otro que le de derecho a disfrutarlo, con capaci-

(1) Es una hipótesis análoga a la que la doctrina oficialica como ineficacia relativa. Vide PUGLIATTI, Introducción al Derecho Civil, México 1943, 2 ed. pág. 217 ss.

(2) En uno de los considerandos de la S.T.S. 82-XII-1945 expresa que si es poseedor sin título el dueño de la finca desde que esta es judicialmente adjudicada al acreedor hipotecario, por la misma razón poseerá sin título, en igual supuesto, el arrendatario que del dueño trae causa.

Y, con más rigor jurídico las S.T.S. 1 marzo 1957, y la de 15 febrero 1957 estiman que cuando el arrendador pierde la posesión de la cosa arrendada, por cualquiera -

dad, para realizar actos de enajenación y sin que los actos que realice puedan tener más trascendencia que los de su propio derecho.

El arrendamiento conce tado con posterioridad a la constitución de hipoteca no lo hace el propietario, en cuanto que propietario (ya que en tal caso habría transmisión a efectos del art. 9), sino como titular afectado por un derecho real de hipoteca (1). ~~Este hecho~~ supone que el arrendador se halla en la posesión, con "capacidad" para realizar actos de enajenación, circunstancias previstas por la norma, pero que, constituido sobre una situación jurídica carente de firmeza ^{el arrendamiento}, no puede tener más trascendencia que "los de su propio derecho", (propiedad modificada por el derecho real de hipoteca).

La situación creada no es, con todo, idéntica a la del usufructuario. Este tiene un derecho temporal, más su

de las causas que a ello puedan dar lugar, el contrato de arrendamiento termina, dada la imposibilidad en que el arrendador se encuentra de mantener al arrendatario en el goce y uso de la cosa cuya posesión perdió.

Y, en efecto, el auto de adjudicación, lleva consigo la pérdida de la propiedad respecto del constituyente y, por ende, de la posesión.

(1) Por lo mismo, los que con posterioridad a la inscripción del gravamen adquieren del deudor un derecho sobre los mismos bienes, ya se trate de usufructuarios, arrendatarios, etc. contratan con conocimiento de que el deudor - dueño tiene limitadas por aquel gravamen sus facultades dominicales. Vide S.T.S. 22-XII-1945.

situación es firme hasta el momento determinado en que se extinga. Por tanto, el arrendamiento que otorgue el usufructuario tiene un plazo de vigencia limitado desde su origen hasta su fin; su vigencia está inicialmente predeterminada. En tanto que el concertado por el propietario gravado por un derecho real de hipoteca, por no ser firme la situación, no tiene predeterminada la suerte final. Sin que ello tenga mayor alcance que el que corresponde a un simil, podríamos decir que el arrendatario en el primer supuesto lo es a plazo en el segundo - condicional.

2) Arrendamientos urbanos

Más discutible es la cuestión en los arrendamientos urbanos concertados con posterioridad a la constitución de hipoteca.

El artículo 57 del Decreto de 13 de abril de 1956 dice así: cualquiera que sea la fecha de la ocupación de vivienda, con o sin mobiliario, y locales de negocios, llegado el día del vencimiento del plazo se prorrogará éste, obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y

obligaciones. Se aplicará igual norma en los casos de extinción de usufructo sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 114, causa 12 (establece como causa de resolución del arrendamiento el notoriamente gravoso).

El problema fundamental que nos plantea el artículo mencionado es el de si se da o no sucesión; o, en otras palabras, el sentido en que el precepto utiliza la palabra sucesión.

Es también aplicable lo que dejamos expuesto anteriormente. En efecto, entre ejecutado y adjudicatario se da sucesión. Respecto del arrendador el adjudicatario es tercero (en el sentido, en que parece utilizarlo la Ley, de no ser parte). Por tanto, a primera vista, estamos íntegramente dentro de los supuestos mencionados en la norma y, por ende, sujetos al derecho de prórroga.

Pero un análisis más atento del artículo 57 nos lleva a una solución contraria. Por las siguientes razones:

1) Efectivamente, el adjudicatario, sucede al ejecutado en todos sus derechos y obligaciones, pero esta sucesión lo es solamente respecto de las relaciones existentes con anterioridad a la constitución de la hipoteca. En este caso se produce un cambio de sujetos, mientras -

las relaciones jurídicas se mantienen inalteradas. El sucesor se subroga, por tanto, en la misma posición jurídica que tenía el anterior titular en sus derechos y en las obligaciones.

Mas no ocurre así con las relaciones jurídicas nacidas con posterioridad a la constitución de hipoteca. La situación es del todo diferente.

En el primer caso el propietario contrata o impone sobre la cosa cargas o gravámenes como tal propietario, de aquí que la hipoteca recae, entonces, sobre la cosa en el estado material, económico o jurídico que esta tuviere a la hora de su constitución.

En tanto que una vez constituida la hipoteca se modifica la estructura del derecho, haciendo que las relaciones jurídicas que hayan nacido con posterioridad a ella, estén apoyadas en la cosa dentro de la relación real hipotecaria y por lo mismo sobre una situación jurídica carente de firmeza, por lo que seguirán la misma suerte que aquella sobre la cual se apoyan.

La relación real hipotecaria unifica e imprime su impronta a cuantos derechos otorgue el titular referidos al bien vinculado, por lo tanto también al arrendamiento. Esta relación básica desaparece cuando se produce la fase

de ejecución, por eso en ella no hay sucesión, teniendo en cuenta que los derechos reales se extinguen. Y no dándose la sucesión en la relación sobre la que el arrendamiento se apoya, no puede entrar en juego el artículo 57. El adjudicatario no es el tercero que sucede en los derechos y obligaciones como se pone de manifiesto al considerar que al menos una gran parte de ellos, los derechos reales, se han extinguido por el sistema de purga. Resultaría difícil conciliar con los principios de la lógica la hipótesis en que un mismo hecho determine la sucesión en el arrendamiento y no en los demás derechos derivados de la misma relación. En todo caso impondríamos en la redacción del artículo 57 la siguiente tautología: "aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos de arrendamiento" ya que excepto él, los demás derechos y obligaciones no preferentes han desaparecido y sus inscripciones canceladas.

2). Cabría decir que la subsistencia del arrendamiento en el estado actual de nuestro ordenamiento positivo depende de la protección legal. Pero a esta objeción se opondría la de que por no quedar expresamente incluido el supuesto que estamos examinando debe ser ex-

cluido de la protección. La misma cuestión que se planteaba con el derogado artículo 70 respecto del arrendamiento concertado por el usufructuario, que trajo consigo una copiosa fuente de controversias en la doctrina y jurisprudencia, existía con referencia al arrendamiento concertado con posterioridad a la hipoteca. Al incluir dentro del nuevo artículo 57 ~~el~~ constituido por el usufructuario, sin hacer mención al otorgado por el deudor hipotecario, es un índice que nos permite interpretar la "mens legis" en el sentido de su exclusión.

Qué alcance tiene el cambio de expresión del anterior artículo 70, ley de 31-XII-1946 "aunque cambie el dueño o titular arrendador" por la del vigente artículo 56 "aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones"?

La nueva redacción parece no admitir otra hipótesis que la de que el cambio de titular lo sea mediante la sucesión derivativa traslativa por lo que al no tener cabida, dentro de la expresión utilizada por la norma, el supuesto de extinción del usufructo, ya que el nudo propietario no sucede al usufructuario sino que consolida su derecho, ha tenido que encajar el supuesto esta-

bleciendo para él un párrafo de nuevo cuño (1).

Por el principio "inlussio unius, exclusio al
terius" los demás casos en que, aunque haya cambio de ti-
tularidad no se verifique la sucesión aludida en el pre-
cepto, (derechos reales derivados vg. enfiteusis etc.) no
quedan incluidos en el ámbito del artículo 56(2). Tampoco
hay sucesión según el tenor del mencionado artículo
en la adjudicación hipotecaria. De admitir la sucesión,
en el supuesto de la garantía hipotecaria, se tratará de
una sucesión constitutiva, ya que, como afirma VON THUR
(3) el derecho del autor (propietario) no se transfiere
integralmente. Además cuando el acreedor hipotecario ena-
jena la cosa ejerce un derecho propio y no el de constitu-
yente del cual este se dedujo.

(1) Lo cual, por otra parte, demuestra cómo con anterioridad no estaba comprendido en él el supuesto de extinción del usufructo por lo que el vigente artículo 56 tiene respecto del anterior artículo 70 carácter de norma modificativa, no interpretativa. Así lo expresa también reiteradamente la jurisprudencia. Vide S.T.S. 20 mayo 1957.

(2) Su interpretación ha de ser restrictiva, no cabe por tanto extenderla por analogía a los supuestos no comprendidos en ella. En contra CA RERAS, ob. cit. pág. 505, para quien a causa de lo dispuesto en la ley especial arrendaticia, los contratos que hubiere otorgado el administrador gozarán del beneficio de prórroga forzosa ya que al terminar la administración y volver los bienes a la plena disposición del ejecutado o a un adjudicatario, deben estos ser considerados como sucesores del arrendador a los efectos legales. Siempre podrá aplicarse, dice, si las condiciones pactadas fueron notoriamente gravosas para la propiedad del artículo 114, causa 12, ya que cabe perfectamente la analogía a la hipótesis contemplada al amparo de lo dispuesto en la propia norma arrendaticia.

(3) Vide, VON THUR, pág. 78, ob. cit. I.

Y no cabe extender la solución legal dictada para el arrendamiento otorgado por el usufructuario a los demás arrendamientos otorgados por los titulares limitados, por la razón de que con esta extensión y ampliación se destruiría la norma general (1).

Y en este mismo sentido se orienta la jurisprudencia, interpretándolo restrictivamente incluso dentro de hipótesis prevista respecto del arrendamiento concedido por usufructuario. Así en la S.T.S. 31-XII-56 considera nuestro más alto Tribunal que "el artículo 57 de la L.A.U. de 13 abril 1956 supone un cambio legislativo que ha de pesar en la interpretación y ampliación del artículo 480 C.C. reduciéndolo a los casos expresamente contemplados por dicha disposición, es decir a los arrendamientos urbanos que haya celebrado como tal usufructuario, lo cual no ocurre al ser pleno propietario el arrendador de una tercera parte de la cosa arrendada, a la vez que usufructuario de las otras dos terceras partes".

Y si ni aun dentro del usufructo se interpreta extensiva, sino restrictivamente, con mayor razón habrá

(1) Vide, GINOT, El arrendamiento otorgado por el usufructuario. "A.D.C. 1956, IX, 2, 1333".

de seguirse este criterio respecto de supuestos que no encajan plenamente en el radio de acción del precepto (1), El adjudicatario no "sucede" al arrendador; en todo caso sucedería al titular de un derecho real que modifica las facultades dominicales y que, sujeta a estas modificaciones, ha concertado un arrendamiento.

34. Por todo ello falta la identidad de la relación, requisito necesario para la sucesión según el art. 57. En efecto, llegada la fase de ejecución se ejercita el ius - distrahendi y con el auto de adjudicación se extingue la relación hipotecaria. El adjudicatario no es un adquirente de la relación hipotecaria dentro de la cual subyace el arrendamiento, sino de otra distinta y por ello no es un sucesor. El adquirente del inmueble, dice GUASP, se - coloca, por virtud del remanente en una situación jurídico material totalmente distinta a la que antes existía. Y por lo que toca al deudor, también su situación de derecho material se encuentra claramente transformada (2).

En cambio hay sucesión a los efectos del artículo -

(1) Vide, además S.T.S. 26 junio 1958-

(2) GUASP, La Ejecución procesal en la ley hipotecaria, ob. cit. pág. 168.

examinado entre el deudor y el tercer poseedor quien, caso de comprar la finca hipotecada, sucede al arrendador en sus derechos y obligaciones. Se trata de un adquirente de la misma relación jurídica; la cosa dentro de la relación real hipotecaria; la relación, en definitiva, en que está apoyada la arrendaticia, por lo que es un verdadero sucesor.

En tanto que el auto de adjudicación supone la extinción de esta relación jurídica principal o básica y, por ende, la de cuantas situaciones jurídicas tenían en ella su emplazamiento, derechos reales limitados, arrendamientos, etc. respecto de los cuales no hay sucesión, sino purga.

Lo cual nos lleva a concluir que la ingerencia del derecho real de hipoteca modifica sustancialmente las facultades dispositivas.

Si el propietario enajena permanecen los gravámenes, más ello no puede afectar al titular del derecho real, por lo que las relaciones derivadas están en una situación jurídica carente de firmeza. Estas son llamadas a convertirse en firmes (si el deudor paga) o a desaparecer, caso de impago, extinguiéndose con la enajenación forzosa todos los derechos de grado inferior al del acreedor ejecutante.

III) Tercer poseedor de finca hipotecada

El crédito hipotecario es una institución compleja. En la hipoteca concurren, sobre la base de una relación real hipotecaria y de una relación crediticia, derechos diversos. La relación real hipotecaria, dependiente de la crediticia (al menos en Derecho español) en su existencia, es independiente en su esencia; conservan su sustantividad y pueden ser transmitidos con independencia tanto el crédito como la hipoteca (1).

Por lo mismo son posibles:

- a) transmisión pasiva del crédito sin hipoteca. No hay tercer poseedor ya que no se produce el traslado de la relación real
- b) transmisión conjunta de la relación crediticia y real
- c) transmisión de la relación real y no de la crediticia, supuesto este último en que se da la figura del tercer poseedor. Tercer poseedor es el adquirente de la relación real hipotecaria y no de la crediticia.

Las notas que la caracterizan se pueden reducir a éstas:

- 1) es tercero en el acto de la constitución de la hi-

(1) Vide, ANGEL SANZ, Instituciones, ob. cit. pág. 436.

poteca. En esto se diferencia del tercer dador.

- 2) es adquirente de la relación real hipotecaria
- 3) no adquirente de la relación obligatoria por lo que no se halla personalmente obligado al pago del débito asegurado (1).

De esta delimitación quedan excluidos como terceros; quien sea parte en el acto de constitución y sus herederos; los adquirentes por título universal, ya que en ellos no pueden desdoblarse ambas relaciones. Se trata por lo tanto de un adquirente a título singular de la relación real hipotecaria.

¿Ha de ser un acto traslativo del dominio o puede serlo de gravamen?. El acto traslativo ha de tener la fuerza de llevarse consigo la relación, lo que sucede en los cambios de dominio y demás derechos reales en que el traslado de la relación es posible vg. usufructo, nudo propiedad (2), censo enfiteútico, superficie no en los

(1) ROCA SASTRE, ob. cit., t. I., págs. 497 ss. ANGEL SANZ, ob. cit. Instituciones, t. I., págs. 437 ss. GONZALEZ RODRIGUEZ, Boletín Jurídico, "Anales, III, 1946 pág. 371 ss."

(2) Es tercer adquirente el nudo propietario a cuyo favor se verifica la renuncia del usufructo hipotecado. A la posibilidad de mas de un tercer poseedor por pertenecer a una persona la propiedad y a otra el usufructo o el dominio útil se refiere expresamente el art. 127 L. H. Estimamos que también se comprende al titular de la superficie "ubi est eadem ratio, ibi est eadem dispositio." Que el propietario a cuyo favor se verifica la renuncia a la superficie hipotecada se considera como tercer poseedor se consigna expresamente en el C.C. italiano, art. 2816.

demás en lo que se adquiere no es la relación sino facultades o utilidades que puedan ofrecer cierta independencia (servidumbres, y los personalísimos uso-habitación) (1); es indiferente que lo sean de la totalidad o de parte de la finca. Lo que cualifica la calidad del tercero es la adquisición de la relación, no de su objeto material estrictamente. O, mejor, la adquisición del objeto material dentro de la relación real de hipoteca.

La limitación de la facultad dispositiva hace que la transmisión, resultado de la puesta en marcha del poder de disposición, no altere en absoluto la relación real transmitida.

La posición del tercer poseedor —expresa SANZ FERNANDEZ— (2) está dominada por un principio fundamental, el de inalterabilidad de hipoteca, que no supone, naturalmente, una imposibilidad de modificación, sino la necesidad de que todas las variaciones que en ella pudieran haber, sean consentidas por el acreedor hipotecario y por el tercer poseedor de la finca. El alcance de esta inalterabilidad es esencialmente económico, y tiene una manifestación objetiva, referida al inmueble gravado con la hipoteca, y otra jurídico-económica, que se

(1) También en este sentido art. 127 y 134. SANZ, ob. cit., pag. 439.

(2) SANZ, Instituciones..., ob. cit., pág. 441.

refiere a la extensión del gravamen hipotecario. La inalterabilidad objetiva exige una estabilidad en el inmueble, sobre el que gravita el derecho real de hipoteca, en el sentido de mantener íntegro, sin disminución apreciable, el valor económico del mismo que sirve de garantía al acreedor.

El tercer poseedor es tercero respecto a los resultados del ámbito obligacional, nada de lo que pertenece a la esfera crediticia le afecta; relaciones personales, ni pactos que no consten en el Registro de la Propiedad. Y precisamente porque no es deudor, el acreedor no puede exigir que se amplíe la hipoteca ni sobre la finca ni sobre otras del tercero si falta la garantía por cualquier razón.

La misma inalterabilidad se ofrece al tercero, respecto del acreedor, en la relación real. A su cargo está ahora la obligación de conservar (el acreedor puede dirigir, contra él, la acción de devastación), exigiendo de él una diligencia positiva vg. realizar obras necesarias, y negativa, abstenerse de realizar actos que comprometen la garantía. Contra él se podrá dirigir, en su caso, la acción ejecutiva.

El tercer poseedor es adquirente de la cosa dentro de una relación, propiedad, usufructo etc., sobre la cual gravita la hipoteca. Esto determina en él una doble titularidad. Es propietario, usufructuario etc. y como tal

goza de cuantos beneficios, facultades etc. se comprenden en el contenido de los respectivos derechos. Ahora bien, afectada su situación jurídica por la concurrencia de un derecho real de hipoteca es ésta quien modifica la estructura de su derecho. Atañe directamente a las facultades. Sus manifestaciones son, entre otras:

- a) Por tratarse de un derecho real que abraza a la cosa entera inmoviliza, ^{sujetas} absorbidos por el gravamen, los bienes muebles destinados. Por eso se extiende a las obras de reparación, seguridad, transformación, integrándolas, identificándolas con el mismo bien sobre el que gravitan (1) a todos los efectos y, en sentido negativo, impidiendo su separación o alteración de régimen.
- b) En todo caso habrá de soportar la hipoteca inscrita como carga que gravita sobre su finca. Y ello con todas sus repercusiones, tanto en la fase de seguridad, como en la de ejecución, si bien tenga en compensación las garantías y los derechos que nacen de la delimitación, que hace la ley, del contenido y extensión del gravamen;

(1) Podrá discutirse sobre el criterio seguido por el legislador. Efectivamente las obras de reparación y de seguridad se acercan más a los créditos refaccionarios y pudieran seguir un régimen distinto, sobre la cuestión véase GALINDO, ob. cit., pag. 217. Mas la fuerza de la carga que actúa sobre las facultades del derecho, actúa también imponiendo un régimen distinto.

entre ellos el de no afectarle más intereses que los estipulados, y cuyo respectivo pacto conste en el Registro (1); no poder exigir el acreedor ampliación de la hipoteca sobre la finca hipotecada (art. 115); no extensión a las obras y mejoras "costeadas por el nuevo dueño" que la ley declara libres que podrá retirar cuando no produzca en la finca deterioros o menoscabo.

- c) Como consecuencia, toda una gama de poderes y deberes de distinta naturaleza, entre otros; deber de abstenerse de realizar aquellos actos que disminuyen el valor del inmueble; deber de realizar en la finca cuantas reparaciones puedan ser necesarias para su conservación; y la inalterabilidad jurídica que impone una estabilización en el gravamen hipotecario, que se mantiene en los mismos términos que existían al tiempo de la adquisición (2). Junto a ellos poderes de alcance procesal vg. poder de abandonar la finca, y en general los que derivan de su posición en la ejecución de hipoteca, ser citado en el procedimiento, intervenir, pagar, etc.

(1) Vide, S.T.S. 12-1-1943.

(2) SANZ FERNANDEZ, Instituciones, pág. 444 ss.

235

Para ello estimamos necesario la inscripción en el Registro de su adquisición ya que la *conditio juris* del nacimiento del derecho supone la permanencia de su titular a no ser que conste, también registrado, el cambio del titular de derecho. La acción ejecutiva es la puesta en marcha, a través del ejercicio jurisdiccional, del *ius disponendi*, inherente al derecho. Si éste no se ha transmitido registradamente sigue ante el Derecho circunscrito al primer titular, no al tercer poseedor. En cambio, aun el titular adquirente no inscrito, tendrá como consecuencia de la modificación impuesta por la hipoteca, que atenerse a la obligación de conservar y a las positivas de mejorar etc. (1)

La relación real se transmite, en su entidad esencial, intacta por lo que el tercer poseedor será respecto de ella sujeto pasivo. El tercer poseedor o adquirente recibe los bienes con todos los derechos que en ellos correspondían al dueño anterior. Puede, por lo tanto, lo mismo disponer que disfrutar, sin poner limitaciones, transformar, etc., todo sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor existe la hipoteca, esto es, sobre la base de conservarse esa hipoteca con sus esenciales efectos (2).

(1) La inscripción sólo es requerida en los casos de los arts. 131, 112, 115, 134. Vide, MANUEL GONZALEZ, ob. cit., pág. 387.

(2) MORELL, Comentarios, ob. cit., tomo IV, pág. 42.

Esta transmisión supone respecto del tercero:

- 1ª) adquisición de la cualidad jurídica de sujeto pasivo. Por eso no es tercer poseedor el que no deviene sujeto pasivo vg. titular de un derecho de servidumbre.
- 2ª) Identidad de la relación real hipotecaria
- 3ª) no confusión del bien garantizado con su patrimonio. Dentro de su patrimonio la relación no supone alteración sustancial ninguna. Por lo mismo no es deudor y no puede exigírsele la responsabilidad universal del 1911. A efectos de responsabilidad son dos patrimonios separados.

Claro está que esta situación puede resultar embarazosa para los diversos titulares de relaciones respecto del complejo hipotecario (1) por lo que siempre será más útil

(1) PACHIONI, Los contratos a favor de tercero. Ed. Rev. D.P., Madrid 1948, pág. 359, propone este caso particular: Ticio es propietario de un fundo cuyo valor es de 100.000 pts. sobre el cual ha establecido una hipoteca que garantiza una deuda suya de 50.000 pts. a Cayo. Si Ticio intenta vender y no encuentra comprador que le dé las 100.000 con la condición de liberarle de hipoteca pero si uno dispuesto a adquirir el fundo gravado con la hipoteca descontando en el precio de compra el importe de aquella se darán las siguientes situaciones:

- 1) el propietario vendedor se encuentra en una situación desfavorable ya que siempre está expuesto frente a su acreedor Cayo vg. en la práctica mediante la destrucción de cosa hipotecada.
- 2) tampoco el comprador tiene una situación agradable ya que está expuesto a la ejecución hipotecaria.
- 3) tampoco, en fin de cuentas, la situación es favorable al acreedor del vendedor póngase por caso la situación de insolvencia.

la simplificación por el traslado unitario de ambas relaciones.

En esta simplificación radica la ventaja de la asunción de deuda que puede desenvolverse mediante las formas distintas de subrogación en la relación obligacional. Por la conveniencia de la simplificación el B.G.B. presume la asunción, transcurridos los seis meses de notificación al acreedor del contrato R. 416. Tal vez en ello se inspira también nuestro artículo 118 L.H.

Cuando la transmisión es de la relación obligatoria mediante la asunción, a diferencia de la transmisión de la relación real respecto de tercero, se verifica:

- 1ª) cambio de sujetos: subrogación
- 2ª) identidad de la relación obligacional y por lo tanto permanencia en el cambio de la situación jurídica de deuda
- 3ª) confusión dentro de las relaciones patrimoniales del adquirente.

En tanto que en la hipoteca del tercer poseedor, ambas relaciones permanecen nítidamente separadas. Por esto el tercer poseedor no es un responsable porque no

es deudor (1). El tercer poseedor es, simplemente, el adquirente de una cosa dada en garantía y por lo tanto sujeto al derecho real. Garantía y responsabilidad son cosas distintas, si bien la garantía sea un instrumento material para lograr de modo seguro los efectos patrimoniales que se siguen del ejercicio de la responsabilidad.

El C.C. italiano lo consigna expresamente en el artículo 2858 calificándolo como tercer adquirente de los bienes hipotecados que ha transcrito su título de adquisición y no es obligado personalmente (2).

Si el tercero paga no es porque deba pagar. Los efectos del pago por él realizado en una esfera jurídica ajena -relación obligacional- se producen por una causa que lo habilita o justifica. La ley con ello favorece su posición y la libre circulación de los bie-

(1) En contra CAMARA para quien al vincularse una finca al pago de una cantidad y al determinarse que pueda ser objeto de la ejecución aunque no se halle en poder del primer deudor, se conecta a la titularidad de la misma una deuda y una responsabilidad que adquieren relativa autonomía cuando el inmueble se transfiere a otra persona, ob. cit., pág. 415. Mas ello es consecuencia de su posición unilateral respecto a la relación obligatoria. Como dice GONZALEZ RODRIGUEZ, al transmitirse la cosa gravada, la carga va con ella, pero la deuda personal continúa vinculada en el mismo que fue sujeto pasivo de la obligación contraída. Sobre esto no puede haber cuestión. Si una finca se hipoteca en garantía de la obligación de un arrendatario, el tercer adquirente no asume las obligaciones que al arrendatario competen, ob. cit., pág. 381.

(2) Con lo cual además de salvar el equívoco a que dió lugar el art. 2013 del C.C. 1865 omite la desdichada expresión de tercer poseedor.

nes, dos razones producidas que justifican los efectos liberatorios del pago hecho por un tercero ajeno a la relación obligatoria.

IV.- La cosa hipotecada como patrimonio separado.-

1) Cómo afecta la hipoteca a la pertenencia del bien al propietario.

Si, como ha quedado expuesto, dominio expresa la titularidad es, en cuanto tal, equivalente a situación de poder. Por ello el dominio es inherente a la persona, es una exigencia personal, una proyección de la persona, algo ligado íntimamente al despliegue creador y operativo de la persona. Y esta situación de poder se manifiesta de modo pleno en la propiedad (1).

Por este carácter VILLAVICENCIO ha definido la

(1) Si bien como expresa HERNÁNDEZ GIL al ejercicio de la propiedad hay que imponer una función de coordinación y subordinación. Coordinación, es decir convivencia, interdependencia, subordinación, esto es gestión económica socialmente útil. Tiene por tanto un doble sentido negativo que no se considera un poder empinado, y positivo, ejercicio orientado por una función social, sentido positivo y explotación de los bienes de forma tal que resulte social y económicamente útil a los demás. La propiedad en el Derecho y en la realidad actuales, en El orden social moderno, Madrid 1948, pag. 118.

propiedad como un poder confiado a una persona sobre un bien, que, perteneciéndole de esta manera (por la atribución de poder, generadora de todo derecho subjetivo), está sujeta a su voluntad de decisión dentro del orden jurídico (ámbito de lo lícito) (1).

Ello nos hace ver en la noción de pertenencia una de las notas que caracterizan la propiedad, como relación jurídica.

Y es indudable que, cuando sobre el bien objeto de la propiedad gravita un derecho real de garantía, la pertenencia del bien al titular del dueño, ha de quedar afectada de alguna manera.

Quienes ven en la pertenencia la característica esencial de la propiedad (2), estiman que la hipoteca recae sobre la misma titularidad del dominio que permanece expuesto al peligro de perderse por efecto de la expropiación.

No obstante, esta construcción adolece del mismo defecto, al aplicarlo a la hipoteca, en que incurre al caracterizar la propiedad, de apoyarse sobre notas no

(1) VILLAVICENCIO, La facultad de disposición, ob. cit., pág. 1037.

(2) Vg. BRINE, PUCHTA..., Si bien, como afirman BARRASSI, este concepto de pertenencia del derecho al titular no es una característica de la propiedad sino de todo derecho, tanto real como crediticio. Propiedad e compropiedad, ob. cit., pág. 6 ss.

estricamente diferenciales. En efecto, no alcanzan a ver la fase de la seguridad de la hipoteca, desde el momento mismo que estiman que las facultades no integran la noción del derecho. Por ello no ven otra afección que a la de la titularidad.

Pertenencia del bien al propietario equivale a decir que el bien forma parte -a título pleno y exclusivo- del patrimonio del propietario.

Con la carga de la hipoteca, esta pertenencia del bien sufre alteraciones.

2) Teoría del traslado de la titularidad del valor en cambio.

Un buen sector entre los representantes de las teorías que hemos calificado de valor o valoristas, considera que de los aspectos de la propiedad -sustancia-valor-, al hipotecante le pertenece la primera; en tanto que se ha desplazado la pertenencia del valor al acreedor hipotecario, dentro de cuyo patrimonio está insito el valor garantido (1). Así MESSINEO sostiene que con la hipoteca, del ^lagún modo, este bien

(1) En su expresión más rigurosa es la posición de CHIRONI.

(al menos su valor en cambio) pertenece al patrimonio del acreedor (1). Y ROCA, entre nosotros, considera que este valor pertenece al acreedor, con objeto posiblemente diferenciado. Constituida, dice, la hipoteca ~~el~~ valor en cambio queda colocado a la disposición del acreedor con exclusión de todo tercero (2).

Ya hemos hecho referencia de los peligros a que está expuesta esta diferenciación, señaladamente al error de aplicar como criterio de distinción real a lo que solamente tiene entidad conceptual. Precisamente por la unidad esencial del dominio, no son entidades jurídicas distintas la sustancia y el valor. Ahora bien, con esta prevención, es evidente que el patrimonio del acreedor, desde el momento en que a su favor se ha constituido un derecho real, la hipoteca representa un valor que está contenido en él. Y, por tratarse de un derecho real que recae directamente sobre el bien dado en garantía, el propietario ha de contar con la concurrencia de otro derecho, y por tanto de otro titular, junto al suyo.

En esta medida la hipoteca afecta a la propiedad

(1) MESSINEO, ob. cit., III, pág. 261.

(2) ROCA, ob. cit., IV, pág. 60 ss.

desde el punto de vista de la noción de pertenencia.

En este sentido se puede entender la afirmación hecha por nuestros insignes hipotecaristas, G. LINDO y ESCOSURA: Consecuencia del dominio, dicen, es que pueda el dueño gozar de la finca, y usar, y aun abusar; pero desde el momento en que la hipoteca restringe sus facultades, el acreedor tiene cierta especie de condominio, porque el valor de la finca lo ha consignado el deudor para que le sirva de garantía (1).

En efecto, el contar con la concurrencia de otro derecho implica, en la titularidad de ambos, un compartir. De aquí la diversa gama de poderes, facultades, derechos y deberes que ligan entre sí a los titulares armonizando y haciendo posible la concurrencia de sus respectivos intereses en la misma cosa. Y, porque los derechos son elementos patrimoniales, la cosa hipotecada forma parte del patrimonio del hipotecante como propiedad y del patrimonio del acreedor en cuanto que objeto de un derecho real de garantía. De este modo la hipoteca pone en relación dos patrimonios. La conexión se verifica en la medida de la relación real hipotecaria.

(1) GALINDO Y ESCOSURA, Legislación hipotecaria, ob. cit., III, pág. 153.

Por lo cual la hipoteca es, en manos de su titular, un objeto patrimonial más o menos valioso, del cual puede disponer en principio libremente, como de cualesquiera otros elementos de su patrimonio. Y por la misma razón es posible que los acreedores del acreedor hipotecario procedan contra ella (1); explica también el que pueda ejercitar la acción de devastación el acreedor subhipotecario, ante la inercia del hipotecario etc. Y del mismo el efecto del derecho real de hipoteca incide sobre la cosa en manos del tercer poseedor.

Todas estas consideraciones hacen posible defender la tesis de que el bien hipotecado se sujeta de modo similar al de un patrimonio separado; como un céntrico patrimonial de destinación de un bien a su función de garantía. Y, por tanto, la hipoteca produce una alteración en la pertenencia del derecho, cuyo objeto material resulta gravado, a su titular.

3) La cosa hipotecada patrimonio separado.

FEDERICO DE CASTRO define el patrimonio separado como la situación unitaria en que se encuentra un con-

(1) Vide, HEDEMAN, ob. cit., II, pág. 496.

junto de relaciones jurídicas de carácter económico al ser separadas del patrimonio personal por estar destinadas a un cometido o fin especial.

Se trata, pues, de un patrimonio que reúne tanto los caracteres del patrimonio personal como los del patrimonio con destino especial. En el fondo un patrimonio destinado dentro del patrimonio personal.

Todos los caracteres que acompañan al patrimonio separado se dan en la hipoteca.

Efectivamente, la hipoteca, como situación jurídica unitaria, se integra, hemos expuesto anteriormente, por un complejo de relaciones jurídicas dentro de las que se mueven con independencia los derechos subjetivos inherentes a ellas. La subsistencia de esta pluralidad de relaciones no permite romper la unidad del complejo, ni esta unidad se puede explicar tomando aisladamente cualesquiera de las relaciones integrantes. Que estas relaciones gocen de independencia jurídica, en su esencia, no quiere decir que tengan plena autonomía. La autonomía sólo corresponde a la situación unitaria. Se puede hablar por ello de patrimonio autónomo, o en expresión más frecuente, de patrimonio bási-

co (1), constituido por una pluralidad de relaciones activas y pasivas que forman su contenido y consideradas unitariamente por su destino especial.

La hipoteca no es sin más un crédito garantizado, ni un bien inmueble afecto al gravamen, ni un valor de realización vinculado. La hipoteca es integra por todos estos elementos pero no se identifica con ninguno de ellos.

Las relaciones y derechos nacidos del crédito y de la garantía se unifican al ser referidos al titular del crédito y localizados en el poseedor de los bienes como titular pasivo de la relación real. La fuerza expansiva del gravamen configura con independencia un tipo de propiedad, un capital aislado, integrado dentro del patrimonio personal pero separado del resto de los bienes. El patrimonio garantido tiene vida propia: las relaciones económicas cuyo objeto sea el bien hipotecado siguen desvinculadas, no se confunden con el resto

(1) NUSSEBAUM, ob. cit., pág. 117. La garantía hipotecaria no se contrae a la materialidad de la finca y a los edificios sino que se extiende a los enseres y derechos que constituyen su dotación formando un conjunto al que podríamos dar el nombre de patrimonio básico: Finca, partes integrantes, derechos.

También integran el patrimonio básico los llamados derechos subjetivamente reales, y determinados créditos procedentes vg. de los daños irrogados a la cosa hipotecada, indemnizaciones, etc.

del patrimonio. Así vg. las accesiones, indemnizaciones debidas "por razón de los bienes", y en general lo que digimos respecto de la extensión. La hipoteca impregna, marca con su sello específico, el patrimonio básico sobre que recae, encasillando, en tanto su vigencia, cuantas relaciones jurídicas lo integren o deriven de él.

La suerte jurídica del patrimonio es, por tanto, autónoma (1). La venta, donación o cualquier otro acto de disposición del dueño de sus patrimonios personal y separado no permite en ningún momento confundirlos. El adquirente adquiere el patrimonio como está en el transferente, separado.

Es por lo demás un patrimonio típico, es decir creado por el Derecho (2). Precisamente a mantenerlo

(1) La autonomía del patrimonio separado no hay que entenderla en sentido amplio sino en sentido estricto, es decir, limitadamente, a fin de limitar la responsabilidad, mejor "concretarla" para una específica categoría de acreedores. V. DE SIMONE, La separazione del beni creditari, Napoles, 1942, pág. 958-64.

(2) La tipicidad del patrimonio obedece a razones de justicia. Si fuera posible constituir a voluntad de un sujeto patrimonios separados podía sustraer a beneplácito suyo el titular los bienes a sus propios acreedores, situación que no puede darse en la masa hipotecaria ya que con ella se trata, institucionalmente, de garantizar mediante su "inmovilidad" a los acreedores titulares activos del derecho. A través de este patrimonio separado se destinan determinados bienes a la responsabilidad de determinadas deudas.

379

intacto tienden todas las normas legales quienes determinan, dentro de su propia esfera, el alcance y eficacia de los actos dispositivos, y llegando, incluso, a prescribir una Administración independiente del mismo, cuando el dueño mediante la libertad de su poder patrimonial atente o dificulte la finalidad o el destino del patrimonio. Es en el fondo lo que justifica la acción de devastación y el alcance de los gravámenes constituidos con posterioridad a la hipoteca; el llamado sistema de purga que sigue nuestro Derecho, y la inoperancia real de los pactos dispositivos. Este patrimonio deja de ser centro de imputación respecto de los acreedores personales del dueño a quienes se les impide la legitimación al no tener sobre él el apoyo objetivo sobre que ésta se basa. Respecto de los demás acreedores este patrimonio está, también, separado, por tanto no entra en el objeto de su pretensión mientras tenga este carácter. Tiene, por tanto, un régimen jurídico particular sin estar sustraído plenamente a la libre utilización del dueño. Mientras esté referido a la misma persona del deudor el acreedor hipotecario puede contar, además, con el resto del patrimonio del deudor, en la medida limitada del artículo 1911.

Su régimen jurídico particular es unitario, en el sentido de que todas las normas que le son aplicables

239

obedecen a los mismos principios y se inspiran en idéntica finalidad (1). Esta finalidad le imprime un destino especial, no general como ocurre en el personal que se destina a procurar al titular la satisfacción, dentro de sus límites, de todas las necesidades económicas y espirituales. Especialidad sobre la que la doctrina tradicional ha basado la diferencia entre el patrimonio separado y el personal (2).

La autonomía del patrimonio separado tiene una doble dimensión en el plano de eficacia: eficacia contra terceros y aun contra el mismo titular (3). Lo mismo cabe decir respecto del patrimonio hipotecado; para los terceros siempre, y siempre actualmente, opera erga omnes, tanto más cuanto que a la finalidad como patrimonio separado se llega por la eficacia real del gravamen. Lo mismo frente al titular quien no puede alterar el complejo de relaciones sobre una base posible de confusión patrimonial. Las relaciones jurídico-económicas que for-

(1) AUGUSTO PINO, Para quien régimen unitario debe a tal que permita al intérprete la construcción de un concepto jurídico, no porque se trate de un complejo de normas perfectamente iguales, sino porque diversas normas aplican los mismos principios y se inspiran en la misma finalidad, VI, Il patrimonio separado. PADOVA 1950, pg. 25.

(2) FERRARA, Trattato I, pág. 875. F. DE CASTRO; también ZITTMANN, PUGLIATI, etc.

(3) OERTMANN, Allgemeiner Teil, cit., PINO, pág. 28.

man parte del contenido de ambos patrimonios no tienen entre sí otro enlace posible que el de su referencia al titular, la unidad que le imprime el estar dentro del patrimonio personal.

Por eso una serie de normas tienen su campo de acción limitado a regular las interferencias que puedan darse entre las relaciones jurídicas integradas en un lado u otro del patrimonio; las que regulan los convenios entre acreedor hipotecario y propietario de la finca, teniendo en cuenta que la alteración influye directamente en el derecho real; la responsabilidad hipotecaria; rentas y alquileres; mejoras, etc...

Siendo un patrimonio jurídicamente distinto e independiente tiene sus propias dudas y localiza las obligaciones y responsabilidades que de él mismo nacen (1). La relación real se mantiene íntegra, con independencia de su dinámica jurídica interna, sobre la totalidad de los bienes hipotecados y sobre cualquier parte de los mismos, aunque se reduzca la obligación garantizada. Cada finca hipotecada localiza su total responsabilidad.

(1) Criterio éste exigido también por un buen sector de la doctrina tradicional, contra PADDA y BENSA. V. FERRARA, ob. cit., pag. 877.

El patrimonio básico hipotecado se considera unitariamente con independencia por el derecho porque su destino es la garantía de un crédito. Llegado el incumplimiento deja de ser separado para convertirse en patrimonio en liquidación, por tanto es patrimonio con destino especial.

La separación de los dos patrimonios impide que se extingan por confusión los derechos de crédito y deuda. Esto explica vg. que la hipoteca se extienda a las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de sus bienes (1) mediante la sustitución del objeto material de la hipoteca por otro objeto material con el fin de adscribir el valor individualizado al mismo destino. Por otra parte no se extingue por confusión, incluso cuando crédito, hipoteca y propiedad se reúnan en una misma persona vg. en las hipotecas constituidas en garantía de títulos valores u obligaciones mientras estos títulos estén en poder del propietario de la finca gravada. Además de todos los su-

(1) Como en la mayoría de los patrimonios separados rige el principio de que ciertos objetos apartados de los mismos vienen a ser sustituidos por otros que ocupan su lugar. Es el principio de subrogación: *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*. Así pertenece al patrimonio separado lo que se adquiere en concepto de indemnización por la destrucción o expropiación de un objeto perteneciente a él. Vide KENNEDY, Parte general, ob. cit., I, pag. 616.

puestos de subsistencia formal en que la separación lo es sólo respecto de terceros, manteniéndose la unidad de régimen frente al exterior en tanto que el derecho, nacido con la inscripción, no se extingue mediante la cancelación. Lo mismo sucede respecto de los titulares de derechos reales, la adquisición por el usufructuario vg. mediante legado de la nuda propiedad hipotecada no supondrá "consolidación" durante la vida de la hipoteca considerándose por el contrario el usufructuario, en este caso, como tercer poseedor en cosa propia y la hipoteca limitada a la nuda propiedad. Del mismo modo se estima posible la persistencia del usufructo libre de hipoteca impuesta a la nuda propiedad cuando el usufructuario adquiere la propiedad o ceda el usufructo al propietario (1).

Por otro lado pueden darse relaciones jurídicas de un patrimonio frente al otro. Así por ejemplo el propietario deudor es responsable de los actos culposos o realizados en perjuicio de la garantía, lo que equivale a decir, interpretando a contrario el artículo 117, que tiene la obligación de una buena administración o, en

(1) ROCA SASTRE considerando más aceptable la tesis intermedia que sigue VENEZIAN, ob. cit., V. 2, pag. 76

otros términos, que esta masa patrimonial no puede sustraerse a su destinación (1).

Quien adquiere un nuevo derecho sobre tal bien, expresa PINO, no puede imprimir al derecho una función en contraste con la cualidad asumida por el bien, dada la relación que media entre derecho subjetivo y bien. Esto se verifica vg. en la enajenación o en el abandono de un bien dado en hipoteca. El adquirente o el ocupante debe así respetar la función a que el bien está llamado a cumplir en concreto (2).

En todo caso se pone de manifiesto cómo la hipoteca representa una alteración en la relación jurídico-patrimonial de la pertenencia del derecho gravado. Y, al mismo tiempo, que además de garantía real es garantía específica.

(1) Desde el punto de vista dogmático, expresa MESSINEO, conviene no perder de vista que la concesión de la garantía real implica separación de determinados bienes del complejo del patrimonio del deudor en relación a los acreedores quirografarios y forma una suerte de patrimonio separado para el que la garantía real es garantía específica. Vide MESSINEO, ob. cit., V. 2, pág. 76.

(2) Vide, PINO, Il patrimonio... pág. 106; del mismo autor, La diminuzione della garanzia ipotecaria, "en Riv. trim. dir. proc. civ.", 1947, págs. 88 ss."

V.- El estatuto jurídico

- 1) La garantía real tiene su régimen propio. Aplicación a la accesoriadad de la hipoteca.

Si bien la hipoteca viene a la vida mediante la inscripción en el Registro y se configura entonces, con autonomía y sustantividad jurídica, requiere, como requisito esencial previo, de una obligación principal a la que sirve de garantía. La hipoteca depende en su existencia de una relación obligacional.

La concurrencia, durante la vida del gravamen, de dos relaciones, obligacional y real, plantea numerosos problemas y ha sido centro de especial atención por parte de la doctrina. Se han adoptado diferentes posiciones casi siempre defendidas desde los diversos puntos de vista con rigor lógico, mas no, sin embargo, siempre exacto. Las conclusiones a que se ha llegado son también, por lo mismo, contradictorias, a pesar de que, en general, sus defensores manejen los mismos textos legales y partan en su base de análogos argumentos.

Sintetizando las posturas de mayor transcendencia, y encuadrándolas en dos grandes grupos, los resultados que la exégesis doctrinal ha alcanzado son estos dos:

- a) Rechazar el dogma de la accesoriadad

b) Admitirlo, como principio rector de nuestro Ordenamiento. Dentro del grupo segundo podíamos hacer una subdivisión; para incluir en ella a los que estiman que lo accesorio es el derecho real *solamente en su nacimiento, y a quienes mantienen la accesoriidad en todo momento.*

Dentro del primer grupo, cabría incluir la posición que pudiéramos calificar de absorción del crédito por el derecho real; la ingestión, en definitiva, del derecho más débil por el más fuerte, y la que calificamos de divergencia - para quienes los derechos autónomos respectivamente van paralelos.

Todo lo cual se reduce al siguiente esquema:

- A) No accesoriidad. a') Porque la hipoteca funciona con abstracción del crédito en determinadas hipótesis.
- b') porque el crédito ^{es} ~~se~~ ^{por} absorbido en el derecho real (excesiva unión).
- c') porque ambas relaciones corren paralelas (excesiva distancia).
- B) Accesoriidad. a") Lo accesorio es el derecho real pero sólo al constituirse el gravamen, en su génesis u origen.
- b") La accesoriidad se mantiene durante el nacimiento y durante el tiempo del desarrollo y vida de la hipoteca.

Las dos posiciones ~~centrales~~, abstracción hecha de la

diferente formulación, se engarzan históricamente en dos sistemas jurídicamente diversos: germano y romano.

El ordenamiento germano, en general y en consecuencia con su sistema registral, sustantiviza el Derecho real, emánipándolo de la relación personal de crédito. Mas no por que lo desconozca, sino porque en determinadas circunstancias normales no lo tiene en cuenta en la dinámica del derecho real.

En derecho romano la hipoteca es, pudiéramos decir, "Alieni juris", está sometida a esclavitud durante la vida del crédito; a su servicio, a su titular (no a otra persona) vive con él y a su muerte desaparece.

Lo accesorio, por estar vinculado a lo principal y seguir en todo su suerte, le presupone en todos los momentos de su vida. Por tanto: nace con él, se transmite con él, se extingue con él (1), de donde son consecuencias (2):

a) Existencia de una relación obligacional

(1) LACAL. El mito de la accesoriedad de la hipoteca, "en R.D.P. nº 392, 1949", pág. 925 y ss"., para quien accesorio es lo que desde su nacimiento va unido a lo principal, existe por este, y con él desaparece.

(2) PUIG PENA. Tratado, T. III, v. II pág. 62, sobre corolarios puestos de relieve por WLEACKER. Vide además LA RICA, La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca. Anales tomo IV, 1948 pág. 287 ss.

- b) pertenencia al mismo titular, unión personal
- c) dependencia en la transmisión. La transmisión del crédito determina la transmisión del derecho real.
- d) la extinción del crédito lleva consigo la extinción de la hipoteca.

Este criterio, que en principio, preside nuestro ordenamiento jurídico adscrito por tanto al sistema romano, se ve en determinadas hipótesis, previstas y queridas por el legislador, aparentemente contradicho por lo que, operando en el terreno de la excepción, un sector de la doctrina ha visto en ello la negación del "dogma", (utilizando la expresión consagrada por HECK), de accesoriidad de la hipoteca.

Efectivamente, se dice, ninguna de las consecuencias antes señaladas se produce de modo absoluto, existiendo, por lo demás, modalidades en que no se tiene para nada en cuenta la existencia del crédito, estando más cerca del principio de abstracción al modo germánico.

Así es posible según resultado de nuestro sistema normativo:

a) Nacimiento de la hipoteca sin una relación obligacional actual. Se incluyen en el supuesto de la hipoteca de seguridad en garantía de obligaciones futuras; obligaciones sujetas a condición suspensiva..

b) Unión personal. En el polo pasivo se rompe, de modo normal, con la transferencia, es decir, tan pronto como exista un tercer poseedor, en tanto que no se realice la asunción de deuda.

Por otra parte en la hipoteca de responsabilidad limitada, el pasar la finca a una tercera persona libera totalmente al primitivo deudor ya que el único responsable es la finca hipotecada: obligación real. Se sigue el mismo camino que el que conduce a la deuda real en el Derecho alemán, subsistiendo la hipoteca incluso cuando la obligación personal se ha extinguido. La misma hipótesis se produce en la hipoteca por obligaciones de un tercero.

c) La extinción del crédito no determina la extinción del Derecho real. Además de los supuestos particulares anteriormente mencionados, de modo normal la hipoteca existe en tanto no se cancele, incluso cuando el crédito haya dejado de vivir. La prescripción extintiva del crédito (15 años) es más corta que la hipotecaria por lo que, en el interregno, la hipoteca continúa sin crédito.

En la compraventa de fincas hipotecadas sin la asunción expresa de la deuda pero con descuento o retención del importe por el comprador, al ser satisfecha al vencimiento de la obligación, por el deudor-vendedor éste se subroga en el lugar del acreedor hasta el reintegro total del impor

te retenido o descontado (art. 118, p. 2).

LA RICA ve en ello uno de los supuestos más sobresalientes de desvinculación de la responsabilidad personal y de la obligación real que se registra en el sistema. El pago extingue la obligación en tanto que la hipoteca subsiste, ahora en la persona del vendedor, que, ope legis, - abandona su condición de deudor para convertirse en acreedor de una obligación distintas.

Puede también extinguirse y cancelarse la hipoteca sin que la obligación quede totalmente extinguida (caso de insuficiencia de valor obtenido en la venta por ejecución de finca hipotecada, como a la inversa extinción de la obligación y subsistencia de la hipoteca (1). En la hipoteca de responsabilidad limitada la obligación morirá en cuanto la hipoteca nazca; se volatiliza al pasar la finca a un tercer poseedor.

Todo lo cual lleva a LA RICA a la conclusión de

(1) Partiendo de una fase ingeniosa de GONZALEZ PALOMINO para quien la hipoteca y crédito son "un matrimonio indisoluble" algunos autores la han matizado al exponer sus argumentos sobre supuestos anormales de relación. Así para CABELLO DE LA SOTA, en el matrimonio indisoluble del crédito y la hipoteca antes mandaba el marido, hoy manda la mujer como en casi todos los matrimonios. La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas. Sus problemas, en "Anales, V, 1950 pág. 126". Y LA RICA considera que la frase no es muy exacta ya que en ese matrimonio "indisoluble" el divorcio se va dando cada día con mayor frecuencia. Ob.cit. 293. Para CAMARA, débito e hipoteca están unidos todavía más íntimamente que dos cónyuges ligados por vínculo indisoluble del matrimonio, ob. cit. pág. 421.

que "la hipoteca normal de nuestro sistema, en cuanto derivada del tipo romano que era eminentemente accesorio, podía hacer depender siempre el derecho real del derecho personal; pero una vez establecido el moderno régimen inmobiliario, - el sistema de Registro, esta dependencia o subordinación se presenta muchas veces con grandes dificultades y en ocasiones como imposibles; y por eso el derecho real propende y aspira, en la doctrina y en la legislación, a una relativa autonomía.

Es preciso, antes de tomar partida en la debatida cuestión, exponer los argumentos en que se apoya la doctrina para abogar contra el dogma de accesoriedad al examinar las hipótesis concretas de excepción.

2) Supuestos especiales

A) Hipoteca de responsabilidad limitada: No entraremos en el cúmulo de problemas que esta nueva figura de hipoteca plantea. Simplemente nos limitaremos a examinar aquellos que, según el sentir de los autores, contradicen el principio de accesoriedad.

Nadie duda de que en su origen la hipoteca de responsabilidad limitada es accesorio; el artículo 138 presupone una "obligación garantizada" y precisamente en ello estriba una de las diferencias más señaladas con la "Grundschuld" germana, o deuda territorial.

Sin embargo, el desenvolvimiento y desarrollo de esta institución parece contradecir la solemne expresión legal del principio.

Efectivamente, de los corolarios deducidos de la aplicación de la accesoriedad sólo se cumple el primero: preexistencia de la obligación, o subordinación en origen; más que accesoriedad es un simple requisito de constitución de un derecho real que, en cuanto nazca, absorberá la obligación originaria transformándola por ingestión en su misma sustancia: obligación real. La sustantividad de la hipoteca encierra en su seno a la obligación de modo tal que los términos se invierten: no es la hipoteca quien sigue la suerte del crédito, sino el crédito quien está sujeto a los avatares de la hipoteca. No hay, por tanto, unión personal sino, en todo caso, unión real. Más aún, la transferencia extingue la obligación personal del deudor quien queda totalmente desvinculado, al menos de modo jurídico (1); al acreedor sólo cuenta con la cosa responsable, no con la persona del obligado en primer término o del constituyente. El primitivo deudor está completamente liberado. La que queda únicamente con deuda es la finca. Se trata, pues, de una verdadera deuda real (2).

(1) Vide LA RICA, La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca. Ob. cit. pág. 314.

(2) Al no poder ejercitar contra ^{nuevas} él acción alguna, sería, a lo sumo una obligación natural.

La criatura ha ido más lejos que el progenitor. Su existencia real ha desbordado los márgenes previstos por el legislador.

B) Hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas

Es otra novedad en nuestro sistema. Guarda analogía con las figuras de las cargas reales rentarias del sistema suizo, con la deuda territorial rentaria (Rentenschuld) germana y con algunas figuras censales.

Desde el aspecto que nos ocupa LA RICA ha sintetizado primorosamente la cuestión en los términos a que hacemos referencia: esta modalidad hipotecaria, salvo en caso de constitución unilateral por testamento sin imposición al heredero de obligación personal, es siempre accesorio en su origen. Requiere una obligación de pago de renta o de otra prestación periódica para su válida constitución. El deudor se halla obligado, con débito personal y responsabilidad patrimonial ilimitada, al pago de las prestaciones. Pero si la finca pasa a un tercero adquirente oneroso, bien por negocio jurídico voluntario - bien por ejecución judicial, de la misma hipoteca rentaria o de otra posterior, la obligación se transmite al adquirente - junto con la carga real y el deudor primitivo queda liberado. La obligación no desaparece, como en el caso de la hipoteca de responsabilidad limitada, pero se convierte en accesorio, en anejo inseparable de la hipoteca. El primitivo deudor queda liberado y el pensionista no puede repetir contra él (1).

(1) LA RICA, ob. cit. pág. 321.

Todo lo cual, como en la hipoteca de responsabilidad limitada, parece dar a entender que es tendencia moderna la no bifurcación de crédito personal y "crédito real", señaladamente en el aspecto pasivo, fusionándose la responsabilidad personal con la real.

La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas refleja, el predominio absoluto de la responsabilidad real, no sólo cuando se constituyen sin responsable nominativo (ob rem), sino en el caso de existir este responsable personal porque la responsabilidad personal queda tan diluida, tan inseparable de la responsabilidad real, que en la primera transmisión a título oneroso (voluntaria o forzosa) se unen íntimamente ambas responsabilidades, y el adquirente las asume de pleno derecho y no puede darse ocasión futura para su bifurcación (1).

C) Otra de las hipótesis normativas más debatidas, de nuevo cuño, es la prevista en el artículo 118 p. 2. Realmente se produce aquí, en el sentir de LA RICA, con la subrogación una triple novación. Cambia el titular hipotecario, que si antes era acreedor, ahora es deudor, cambia el deudor, que ahora no es el vendedor de la finca, sino el comprador; y cambia, finalmente, la obligación asegurada con la hipoteca, que si antes era la dimanante de un contrato de préstamo ahora es la deriva-

(1) CABELLO DE LA SOTA, La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas. Sus problemas. ob. cit. pág. 134.

vada de un contrato de compraventa con retención o descuento de parte del precio. Esta subrogación introducida, en aras de la moral, por el legislador implica el caso más sobresaliente de desvinculación de la hipoteca y la obligación, de la responsabilidad personal y de la responsabilidad real, que se registra en nuestro sistema. Con ella saltan en pedascos no sólo el dogma de accesoriedad, sino otros muchos tenidos por tales (1).

3) Verdadero significado de la accesoriedad

Hemos dejado ya expuesto, anteriormente, la dependencia del Derecho real de hipoteca respecto de la relación obligacional.

La hipoteca depende en su existencia de la relación obligacional, pero en su existencia es autónoma. Ambas relaciones son concurrentes (no es lo mismo decir que tienden paralelas en el sentido de HECK), sobre la base de un mismo fin (2).

La relación obligacional, se integra normalmente por un crédito (elemento activo) y deuda (elemento pasivo) pero no se identifica con ellos. En suma la relación obligacional integrada por poder y deber (uno o varios) es distinta de sus compo-

(1) LA RICA, ob. cit. págs. 324.

(2) La accesoriedad implica entre lo accesorio y lo principal una relación de dependencia en orden a la función y al fin, mas no influye sobre la naturaleza jurídica de lo accesorio, ni es obstáculo el que tenga vida y disciplina autónoma. Vide SEGRE y MONTEL, Il possesso, Torino 1956, pág. 88. En este sentido se puede decir, con RUBINO, que la hipoteca presenta una autonomía estructural y una dependencia funcional, ob. cit., pág. 24.

nentes realmente. Crédito y deuda condicionan la atribución patrimonial, se refieren ambas o ponen, mejor, en contacto dos patrimonios sobre la base de la relación existente entre dos personas: deudor y acreedor. En situaciones normales la relación entre los dos titulares que la constituyen conecta sus patrimonios; de aquí deriva la situación o vinculación patrimonial entre las masas de ambos titulares.

Precisamente porque la relación obligacional no se identifica con los ingredientes jurídicos que la componen en concreto es posible que permanezca en el cambio. El cambio de acreedores (cesión) no destruye, no se lleva consigo la relación obligacional ya que sus elementos personales continúan también, en abstracto: acreedor, deudor. Por lo mismo el cambio de deudores (asunción de deudas) no tiene por sí la fuerza de extinguir la relación; ésta continúa intacta después del cambio sobrevenido. Es la misma relación, no otra. Así la S.T.S. 24-III-1956 al distinguir la novación subjetiva por cambio del deudor y la asunción de deuda.

Esto mismo sucede en el ^{polo} ~~polo~~ objetivo, crédito o deuda con sus manifestaciones de vinculación patrimonial -responsabilidad-. Que el derecho de crédito se extinga, no quiere siempre decir que la relación obligacional se ha extinguido. Normalmente sucederá así, mas es perfectamente posible la subsistencia de una relación obligacional sin crédito actual. Por lo mismo que la responsabilidad se "concrete" a una cosa -responsabili

dad real- no quiere decir que la relación obligacional se ha ya esfumado. De la misma manera perdura la relación obligacional aunque deuda y responsabilidad estén en titulares distintos de modo inmediato. No por ello se puede decir que deuda y responsabilidad están separados jurídicamente ya que siempre están conexos a través de la relación obligacional aun en manos de titulares diversos. Siempre se responde por una deuda, y la situación de deuda ha nacido y se mantiene sobre la base de una relación obligacional.

Teniendo presentes estos criterios se entiende perfectamente la accesoriedad del Derecho real de hipoteca. En su existencia, decimos, depende de la relación obligacional. - Existencia no sólo condicionada a priori, en su origen, sino en su vida y desarrollo también. La paternidad del crédito respecto de la hipoteca no se agota en traerla a la vida, sigue dependiendo siempre existencialmente, con él vive y a su suerte se extingue.

Pero el derecho real de hipoteca tiene su régimen propio. La norma para reconocerle y protegerle le exigió la conditio juris, el bautismo jurídico, de la inscripción, por lo mismo, requiere legalmente la cancelación, para considerarlo extinguido frente a todos. Desde la extinción de la relación obligacional a la cancelación del derecho real de hipoteca se mantiene apoyado en la apariencia de la relación. La cancelación señala la destrucción de la apariencia. Esto no es, no

puede serlo, un índice revelador de la no accesoriedad sino precisamente su constatación. El Registro no publica el crédito sino el derecho real, mas esto trae consigo la presunción de existencia de la relación obligatoria. Si en la realidad el crédito se ha extinguido, el gravamen también sustancialmente ha dejado de "ser" mas no por ello deja de "valer" en tanto esté mantenido por la fuerza de la inscripción. Del mismo modo que no siempre coinciden la muerte física y jurídica de una persona. La muerte "jurídica" necesita de la declaración de fallecimiento; la muerte del derecho real de hipoteca necesita cancelación, que no es otra cosa que el constatar frente a todos su extinción.

En los supuestos, también normales, de transferencia de finca hipotecada a un tercer poseedor, se mantiene el dogma de la dependencia.

La expresión responsabilidad real tiene un sentido equivoco (1). Propiamente, en los tiempos modernos al menos, hablar de responsabilidad es hacer referencia a la persona. La cosa no puede ser responsable. Mas la persona puede responder

(1) El concepto de responsabilidad real está sometido a revisión porque es una expresión figurada para indicar que la cosa es objeto de un derecho real de realización del acreedor y esto explica como el derecho real tenga vinculada la cosa en su función de garantía. Vide FERRARA, Trattato, ob. cit., pág. 311.

Olvidar, en efecto, su sentido traslaticio o figurado puede dar lugar a peligrosas desviaciones.

de dos modos distintos: físicamente (hoy en trances de desaparecer en la vía sustantiva al menos) o con sus bienes. Por lo que es mejor hablar de indeterminada (con todo su patrimonio) o determinada (a unos bienes o a una masa patrimonial separada).

Son cosas distintas la causa y los resultados o manifestaciones. En definitiva, la calidad o condición personal de responsabilidad y la concreción o determinación de su alcance patrimonial.

Por lo mismo el tercer poseedor, si no asume la deuda, no es responsable porque, personalmente, está fuera de la relación obligacional que subsiste invariablemente incluso al darse la transferencia de bienes afectados. No hay por tanto separación entre la deuda y responsabilidad; ambas siguen unidas sobre la presencia y la permanencia de la relación obligacional que les dió origen.

Mas la inherencia del derecho real a los bienes sobre que recae hace que el tercero, que lo es respecto de la relación obligacional, no lo sea respecto de la relación real. - Del derecho real de hipoteca el tercer poseedor es titular pasivo, mas no lo es en la relación obligatoria.

¿Quiere esto decir que hay desconexión entre ambas relaciones? De modo alguno. El tercero es titular de un derecho real esencialmente independiente de la relación obliga-

cional, por lo mismo tiene obligación de conservar la cosa, está sujeto a la acción de devastación, y a todas las consecuencias jurídicas derivadas del gravamen directamente, no en su cualidad de responsable sino de titular de un derecho real. El cumplimiento extingue al derecho real de hipoteca. El pago hecho por el tercer poseedor tiene la fuerza liberatoria del pago hecho por un tercero. El tercer poseedor no está obligado al pago (porque no es responsable) sino facultado para hacerlo. Se trata de una facultad de poder para disponer una relación de otro en la medida en que a él le afecta, por la conexión de su titularidad respecto de un derecho del que su situación depende. Es una especie de sustitución personal, no un avance del derecho real sobre la relación obligacional que devendría así accesorio del gravamen. Ambas relaciones coexisten y concurren, ambas son autónomas y sustantivas pero dependientes.

Si el tercero asume la deuda, mediante retención o descuento, no por ello desaparece la relación obligacional básica si bien en estas hipótesis el tercero es responsable por que "ingresa" en la relación obligatoria.

Más complejos ^{son} los supuestos del tercero en la hipoteca de responsabilidad limitada, y del adquirente en la hipoteca de rentas y prestaciones periódicas con la determinación a los bienes gravados. La primera impresión es decir que la obligación personal se esfuma, y el primitivo deudor desaparece

de la pantalla.

Pero un examen global y unitario de la hipoteca nos obliga a desdecirlo; de ser consecuentes.

La determinación, el alcance, la medida patrimonial - de la responsabilidad, hemos dicho anteriormente, no es absorbente de la cualidad personal de responsable.

También en estos supuestos la relación obligacional básica se mantiene, y sobre ella descansa la hipoteca. Mas no como un simple deber ético y obligación natural, sino con la plenitud de un sentido jurídico. No invertida o absorbida en el derecho real sino informándole y presidiéndole.

Y ello por varias razones:

Alfonso COSSIO sostiene que el hecho de la coexistencia de ambas formas de responsabilidad, la real y personal, o de la exclusión mediante pacto de la segunda no tiene nada que ver con la accesoriedad o independencia de la hipoteca: puede perfectamente concebirse, y esto es lo que ocurrirá en - nuestro Derecho, una hipoteca constituida en garantía de un crédito y sin embargo accesorio, en cuanto su vida se halla vinculada a la del crédito para cuya seguridad se constituyó (1).

(1) COSSIO y CORRAL, Instituciones de Derecho Hipotecario, 2ª ed. Barcelona 1956, pag. 312

Si la manifestación patrimonial de la responsabilidad es la referencia o afección a un patrimonio, en todos los supuestos examinados se da: que se refiere a un patrimonio personal indeterminado o se concrete en un patrimonio separado (1) cuya unidad de régimen le viene impuesto por la adherencia y cohesión que le impone el derecho real, es una razón de cantidad, no de calidad; en definitiva de determinación no de responsabilidad. La relación jurídico-obligacional subsiste aunque el alcance de la responsabilidad se determine y limite a un patrimonio que, abstracción hecha de la persona deudora, puede estar en otro titular por la "localización" jurídica que le imprime el derecho real, o, lo que es lo mismo, la garantía.

Es indudable que en estas modalidades, más concretamente en la hipoteca de responsabilidad limitada, está alterado el juego normal de las relaciones obligacionales. Mientras la finca hipotecada permanece en poder del deudor la obligación de pagar se mantiene, más la concreción a los bienes (2) hace que el acreedor no pueda proceder por acción personal.

(1) José M^a LOPEZ TORRES, Complemento al estudio de la hipoteca de responsabilidad limitada. R.C.D.I., 221, 1946, pag. 559 "ve el patrimonio separado como posible fundamento de la hipoteca autónoma o limitada. También Angel SANZ, Comentarios... pag. 389.

(2) Vide LA RICA, op. cit., pag. 312.

Si bien el deudor podrá oponer las defensas de índole obligacional que le asisten (1). Cuando pasa a poder de tercero LA RICA estima que la obligación ha muerto definitivamente, se ha volatilizado, ha dejado de existir. Y ello porque repugna de otro modo que la transmisión de la obligación se haga sin concurso del acreedor. No repugna, sin embargo, que dado el contenido aleatorio que tiene este pacto para el acreedor, si el importe de la finca en la subasta no cubre el crédito, al tercer poseedor le tiene jurídicamente sin cuidado y al primitivo deudor, al estar totalmente liberado, incluso si no hay descuento o retención, también.

Ante un obstáculo técnico y una solución para evitarle que puede resultar antijurídica, a todas luces habrá que pronunciarse por "tolerar" la primera.

Mas vemos incluso que tal obstáculo desaparece también aplicando criterios jurídicos. En la duda hay que decidirse en favor de la ley, y eso no es positivismo. Cuando el legislador en la E.M. creyó que se trataba de una hipoteca accesoría en todo caso no se contradijo después, al regularla. No es un ave con alas que se le escapó de las manos; las alas se las pone la doctrina, y por tanto son artificiosas.

(1) También para ROCA el art. 140 L.H. autoriza fundamentalmente el pacto de concreción de responsabilidad personal mas no de limitación de la misma. A semejanza del beneficio de inventario opera cum viribus, no pro viribus. Ob. cit., pág. 169.

La Dirección General de los Registros, en resolución de 12 de julio de 1945, en uno de sus considerandos expone que "aun estando vencido el plazo para reclamar el crédito tal circunstancia no impide que la obligación y el derecho real de garantía sigan vigentes, y a instancia de parte interesada se pongan en juego cuantos resortes le confieren para resarcirse del capital prestado". Y es que la relación jurídica obligacional permanece en tanto subsiste su esencia, con cierta independencia de las circunstancias, cambios, etc. que experimenten sus componentes; en tanto no se haya conseguido agotar sus causas y finalidad económico-social. Por lo mismo repetimos, el ordenamiento jurídico, permite que extinguido un derecho (el crédito en este caso) la relación básica se mantenga en tanto siga respondiendo a la razón de ser, causa que la dio origen. Frente a la técnica, - que perfila y describe los derechos, la causa o fundamento de justicia que alienta las relaciones. Por todo nos parece acertada esta resolución que permite poner en juego todos los resortes para resarcirse del capital, amparándose en la subsistencia de la relación obligacional que se mantiene - "aún estando vencido el plazo para reclamar el crédito".

En la resolución de 29 de septiembre de 1924 se expresa en uno de los considerandos que por ser la hipoteca derecho real que sujeta directamente e inmediatamente los bienes sobre que se impone, al cumplimiento de la obligación,

para cuya seguridad fue constituida, puede hacerse efectiva por vía ejecutiva contra cualquier poseedor o propietario, colocándose en la alternativa de pagar o dejar que la acción del acreedor hipotecario se desenvuelva libre de obstáculos sobre las fincas hipotecadas y sin transformar la relación jurídica entre el acreedor y el tercer poseedor en un crédito personal contra éste.

No hay por consiguiente absorción ni transformación, sino dos relaciones jurídicas coexistentes sobre que se constituyen los derechos autónomos en su régimen, de crédito y real que se mantienen sin confundirse, incluso en el cambio de titularidad dominical. Un solo deudor y, por ende, un solo responsable, y un solo titular del derecho real.

Esta dependencia de la hipoteca, de la existencia de la relación obligacional en cada momento, hace que ambos derechos se relacionen entre sí como accesorio a principal. En sentido jurídico la hipoteca es siempre accesorio del crédito a cuyo servicio está ordenada.

Es cierto, sin embargo, que como expresa SANZ, en la práctica hipotecaria y en la concepción general del crédito territorial es indiscutible que la responsabilidad hipotecaria tiene una importancia muy superior a la personal y que, paralelamente, la relevancia económica de la hipoteca es muy superior a la del crédito garantizado. Puede afirmarse, y

se ha dicho con frecuencia, que la relación de principal a accesorio que jurídicamente guardan entre sí crédito e hipoteca, se invierten económicamente para conceder a ésta un papel principal y a aquél carácter accesorio (1). Pero sólo, desde el prisma de lo económico, puede palidecer, incluso - quedar entre sombras, su basamento jurídico. Pero esto no es una razón para eliminarlo o desconocerlo. Lo contrario sería una falta de visión, o, al menos, una visión parcial de la institución y por ello inevitablemente inexacta.

Precisamente la subsistencia, en todo caso, de la relación obligacional tiene importancia capital en la hipoteca.

Así vg. en la responsabilidad limitada que es donde se manifiesta con mayor oscuridad.

a) Permite caracterizar nuestro sistema respecto de instituciones jurídicas afines de otros ordenamientos (2).

(1) SANZ, Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria, pág. 368. También MESSINEO cuando considera que el derecho de crédito protegido por prenda o hipoteca adquiere, desde un punto de vista práctico, la misma fuerza del derecho real porque de la realidad de la garantía se beneficia indirectamente - también el crédito, Vide t, 2, pág. 79.

(2) Así lo expuso el legislador en la E.M. "Tampoco se ha estimado procedente incorporar a nuestra legislación la - llamada deuda territorial. Por su carácter abstracto, sin último enlace con una causa que justifique la disminución del patrimonio del deudor, difícilmente se armonizará con el sistema vigente. No obstante se autoriza el pacto de limitar la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados, cualidad esta muy destacada de la deuda territorial, difusa, además, de sanción legislativa. De este modo queda favorecido el crédito y mejorada la situación del deudor sin quebranto alguno para sus posibles acreedores".

b) Garantiza contra cualquier injusticia eventual que pudiese derivar de la causa obligacional, frente a la irrelevancia de causa de los sistemas abstractos. La relación obligacional sigue alentando en sus destellos de justicia y equidad; sobre ella se asientan posibles excepciones; oposiciones causales respecto de cualquier posible perjudicado., Se garantiza la libertad de contratación; se tiene en cuenta cualquier circunstancia o emergencia consensual, dolosa, etc., originaria o sobrevenida, simulación o suposición de crédito -vid. R.D.G. 2 novbre. 1948-.

c) Por no desaparecer la responsabilidad personal, - cualidad personal que se mantiene firme sobre la base de una relación obligacional, sino concretarse o limitarse el alcance de la afección del patrimonio, se trata de una excepción y por tanto de interpretación restrictiva. Excepción no al aspecto esencial de la relación obligacional, sino al del alcance o repercusión económica de su incumplimiento. Ningún ingrediente esencial se altera: ni el carácter, ni la causa, ni el objeto...

d) Durante la fase de seguridad todo se mantiene como en cualquier otro tipo de hipoteca normal. No hay ninguna especialidad, nada que escape a las reglas generales. La singularidad manifestada en la fase de ejecución es la de que se unen las acciones ejecutiva y personal. Se trata más bien

de una excepción a las reglas generales del proceso hipotecario. Obsérvese bien, excepción formal no sustantiva, por lo mismo la disminución del valor de los bienes, al no estar absorbida en la hipoteca la relación obligacional, que no se altera sustancialmente, hace que el pago realizado en lo que excede del valor de los bienes no se considere como liberalidad, además de ser irrepetible e inimpugnabile. A sen su contrario la venta del inmueble en cantidad no suficiente al importe del crédito no lo extingue en su totalidad, si no en la cantidad concurrente. Entre tanto la relación obligacional subsiste pudiendo ser objeto de nueva garantía sin que suponga novación (1). En esto todos están de acuerdo si bien se considera generalmente que se trata de una obligación natural por la inexistencia de acción en el acreedor.

e) Por lo expuesto hasta aquí no se trata de una limitación de responsabilidad del deudor, sino más de una renuncia por el acreedor al poder de persecución o agresión de otros bienes del deudor. También a esta conclusión llega RO

(1) Vide sobre la cuestión SANZ, Comentarios, op. cit. pág. 395 ss. CARDENAS HERNANDEZ, El pacto de exclusión de la acción personal en la hipoteca, "R.D.C.I.", 205, 1940, - 1945 pág. 416; MARIN PEREZ, La hipoteca de responsabilidad limitada, "R.G.L.J.X.", 1945, pag. 455". MIN, La hipoteca de responsabilidad limitada, "R.C.D.I.", 228, 1947, pag. 313".

CA (1).

f) Con la enajenación de la cosa no se transfiere la responsabilidad al comprador, a no ser que éste asuma también la deuda. El propietario deudor tiene limitada su facultad de disposición por la afección del gravamen real - por lo que la transmisión es, valga la expresión, relativa, no absoluta. Res transit cum onere suo al nuevo propietario que resulta, por ello, titular pasivo de un derecho real (2) y, por lo tanto, sujeto a todas las consecuencias del gravamen, tanto en la fase de seguridad como la de ejecución.

g) La obligación del deudor primitivo no se esfuma ni desaparece, como tampoco su responsabilidad. No se convier-

(1) Fundamentalmente el pacto que autoriza el art. 140 de la Ley es un pacto de congregación de responsabilidad personal, mas no de una limitación de la misma, ob. cit., IV, pag. 169.

(2) Titular pasivo del derecho real y no del crédito garantido, lo contrario supondría la absorción por el derecho real del crédito y por lo mismo la no accesoriiedad de la hipoteca. ROCA trata de salvar otra contradicción: la relación obligacional primaria entre deudor y acreedor no puede vincular al tercero con el acreedor, a menos que lo sea por una nueva relación (en este caso se daría novación y no podría hablarse de accesoriiedad de hipoteca ya que esta subsistiría en el interregno del cambio) o que un instituto jurídico lo hiciera ex lege: por eso acude a la tesis de asunción de deuda en todo caso. Lo cual presupone tomar como punto de partida la desaparición (ineficacia) de la primitiva relación jurídico-obligacional que es justamente el punto crucial de arranque de las posiciones que trata de combatir.

te en obligación natural porque sigue siendo deudor y el acreedor conserva su crédito y la acción personal. Puede ejercitar una acción declaratoria para constatar la condición de deudor, lo que no es posible cuando se trata de una simple obligación natural. Cuestión distinta es que no ofrezca utilidad práctica (1).

h) La transferencia de la propiedad de la cosa hipotecada no tiene por qué producir la asunción de deuda en todo caso, sin necesidad de consentimiento (que a priori se daría por el acreedor al pactar) ni descuento o retención por el comprador. El error que lleva a la conclusión criticada es el de pensar que el deudor personal deja de serlo en cuando deja de ser propietario de la cosa. De ser así el crédito es accesorio de la hipoteca ya que está absorbido por ella. Y no se puede lícitamente concluir, como lo hace ROCA, con este punto de partida que la hipoteca sigue siendo siempre accesorio del crédito. La obligación, que se mantiene en todo caso, sitúa al deudor en una posición análoga a la de un deudor insolvente, no por ello deja de ser deudor y responsable personal, o a la de un crédito prescrito, en el que la excepción de prescripción significa el derecho del deudor a ex-

(1) Con la obligación natural nace una relación jurídica que produce, contra la regla, un deber solamente, sin el crédito respectivo. Vide VON THUR. I, ob. cit. pág. 160.

En nuestro caso la situación sería precisamente la contraria: nace un crédito sin deber; lo que equivale a una reducción de la obligación en la medida del derecho real hipotecario, no cabe analogía.

oluir la condena a cumplir la prestación, a pesar de que subsiste su obligación (1).

Quando vense la deuda, dice F. DE CASTRO, por transcurso del plazo, cumplimiento de la obligación, etc., cuando la deuda deba ser cumplida, es sólo cuando puede hacerse efectiva la responsabilidad. Desde que la deuda nace surge, a su lado, la responsabilidad. Acompaña la responsabilidad a la deuda jurídica como la sombra al cuerpo, aunque "a veces, como la misma sombra, se queda en simple posibilidad, en potencia". Los bienes sobre los que recae o puede recaer la ejecución -bienes presentes y futuros no forman la responsabilidad sino la garantía, por eso es posible hablar de responsabilidad aunque sea insolvente el deudor, permaneciendo inalterada la responsabilidad por el aumento o disminución del patrimonio (2).

Por consiguiente es también erróneo la tesis según la que la hipoteca es en todos los aspectos sustantiva "pues no vive sometida a la obligación personal sino que, por el contra-

(1) Subsiste en este caso, dice KARL LARENZ, el derecho a la prestación; así la prestación supone el cumplimiento de una deuda. Al acreedor le quedará un crédito que no es exigible jurídicamente, que ya no constituye una "pretensión". Derecho de obligaciones, tomo I, Madrid, pág. 29.

(2) F. DE CASTRO, La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial, ob. cit. pág. 196.

rio, es ésta la que se convierte en elemento accesorio y - dependiente de aquélla". La conclusión obligada a que se llega partiendo de que la obligación personal se transforma en derecho real al constituirse la hipoteca, absorbida por esta como elemento integrante de la misma (1).

También es, como una consecuencia lógica, errónea su - contraria: negar el carácter sustantivo a la hipoteca que - al ser sólo accesorio de un crédito, sin existencia propia e independiente no puede tener el carácter de derecho real. Nos ocupamos, a continuación, de esta posición mantenida primordialmente por los procesalistas.

En líneas generales el punto de partida de la tesis procesal a este respecto es el siguiente:

La hipoteca está radicada esencialmente en el crédito que garantiza. El crédito está integrado de dos elementos constitutivos si bien separables, deuda y responsabilidad. El más importante de ellos, desde el punto de vista que nos ocupa, es la responsabilidad. La responsabilidad sujeta unos bienes a su cumplimiento cuya forma de realizarlos es el proceso ejecutivo a que están vinculados. Responsabilidad es,

(1) LACAL pretende desplazar el centro de gravedad de la relación hipotecaria, del crédito al derecho real. La laudable intención de minar uno de los puntos neurálgicos de la tesis procesalista le hizo caer en el extremo opuesto, Vide El mito de la accesoriedad de la hipoteca, ob. cit. pág. 936

por tanto, un concepto procesal; centrando sobre él la hipoteca, se desprenden lógicamente que también la hipoteca tiene naturaleza procesal, no sustantiva. No es sustantiva porque hipoteca equivale a responsabilidad localizada, la responsabilidad es elemento del crédito, (por lo que no hay accesoria sino unión esencial y teológica), y la afectación de bienes a la responsabilidad es función del proceso ejecutivo, por lo que no es derecho real.

Esta tesis, además de lo visto anteriormente al ocuparnos de la naturaleza de la hipoteca, incurre entre otros en los errores siguientes:

1) Confunde la responsabilidad con los medios de hacerla valer, y la identifica con la garantía.

2) Por lo mismo, adscribe existencial y esencialmente la relación real hipotecaria a la relación obligacional crediticia.

3) Subsume ^{ambas} relaciones, fundidas, en la relación procesal, (que es por paradoja, derivada de ambas y está a su servicio). En definitiva confunde uno de los efectos (el último de ellos, la ejecución, con la causa u origen de todos. Lo cual supone, además, concluir que nada queda, supuesto el incumplimiento, de las relaciones anteriores. Estamos dentro del derecho público en cuyo campo se recorta una sola relación, no crediticia ni real, sino procesal: el poder del acreedor frente

al juez. El derecho del crédito se esfuma, desaparece. Antes de la ejecución es una simple esperanza jurídicamente protegida. A eso se reduce también la hipoteca, una simple "presión" psicológica por la omni presencia del proceso.

Conclusiones

1ª) La hipoteca encierra en sí misma una multiplicidad de posibles desenvolvimientos jurídicos -ius vendendi, ius praelationis, poderes de inmediatitud, de persecución, diversos deberes, obligación de conservar... etc., pero ninguno de ellos por sí sólo es suficiente para explicar la unidad de la relación a que da lugar. Por el contrario, su naturaleza específica consiste en ser núcleo y centro unificador de todos ellos.

2ª) Tales desenvolvimientos tienen efectividad, al menos algunos, por la mera existencia de la hipoteca. Por lo mismo, afecta al dominio gravado desde el momento de su constitución. Su entidad de relación real, como núcleo de desenvolvimientos incrustado en el dominio se nutre de la virtualidad de éste al que afecta y grava de modo actual, y aunque la ejecución no llegue a producirse.

3ª) De modo concreto, la hipoteca en su fase de seguridad modifica las facultades de uso, aprovechamiento y disposición con el alcance específico que se deja explicado.

48) Las situaciones creadas por el propietario durante la fase de seguridad se encuentran carentes de firmeza y por tanto destinadas a convertirse en firmes o desaparecer. De ahí la extinción o purga de los gravámenes posteriores y la extinción de los arrendamientos concertados por el propietario durante esta fase.

50) La hipoteca, como derecho real de garantía forma parte del patrimonio del acreedor hipotecario. Por eso, el propietario de la cosa hipotecada no puede desconocer que en el ámbito de su dominio existe la ingerencia del titular de un derecho concurrente. Esta ingerencia matiza a la cosa hipotecada como patrimonio separado y le impone un régimen especial. En ese régimen especial consiste, sabidamente, la fase de seguridad de la hipoteca.

BIBLIOGRAFIA

- ABERKANE, Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français. París, 1.957.
- ALDO FAIS, Natura giuridica della hipoteca. Milano, 1.953.
- ALGUER, Ensayos varios sobre temas fundamentales de Derecho Civil. (En "Revista Jurídica de Cataluña", V. XXXVII, 1.931, pág. 36 ss.).
- ANDRIOLI (Giusseppe), Le pertinenze. Padova, 1.936.
- ANDRIOLI (Virgilio), Della conservazione della garanzia patrimoniale. (En "Commentario del Codice Civile" a cura di Antonio Scialoja e Giusseppe Branca, libro VI. Bologna, Roma, 1958 pg. 24 ss)
- ARANGIO-RUIZ, Instituzioni di Diritto Romano. 13ª ed., Napoli 1.957.
- BAGOLINI, Notas acerca de la relación jurídica. (En "Anuario de Derecho Civil", III, 1950, pág. 13 ss.).
- BARASSI, Proprietà e comproprietà. Milano, 1.951.-
- " Diritti reali e possesso. Milano, 1.952.

- BARBERO, La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis. 2ª ed., Milano 1.950.
- BIONDI, Institutioni di Diritto Romano. 3ª ed., Milano 1.956.
- BLOCH, Arrendamiento de inmuebles. (En "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", nº 243-244, 1.948 pg. 481 ss.).
- CABELLO DE LA SOTA, La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas. Sus problemas. (En "Anales de la Academia Matritense del Notariado". V, 1950 pg. 83.).
- CANDIL, La electricidad como objeto de Derecho. (En "Revista de Derecho Privado", nº 141, 1925 pg. 177 ss.).
- CARIOTA FERRARA, Il negozi sul patrimonio altrui. Padova, 1936.
- CARNELUTTI, Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni. (En Studi per Chiovenda. Padova, 1927.).
- " Natura giuridica della ipoteca. (En "Rivista di Diritto processuale civile". I, 1934, pg. 127 ss.).
- " Institutioni del nuovo processo civile italiano. 4ª ed. Roma 1951.

- CARNELUTTI, Sistema de Derecho procesal. Traducción española, Alcalá Zamora y Santis Melendo. Buenos Aires, 1.944.
- " Teoría General del Derecho. Traducción esp. de Osset, 2ª ed. Madrid, 1.955.
- CARRERAS, El embargo de bienes. Barcelona, 1.957.
- CASTRO, Derecho Civil de España. Parte general, Madrid 1.952.
- " El derecho agrario en España. Notas para su estudio. (En "Anuario de Derecho Civil", VII, 1954, pg. 377).
- " La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. (En "Revista de Derecho Privado", XXVI, 1932, pg. 195.).
- CICALA, Il rapporto giuridico. 4ª ed., Milano, 1959.
- COSSIO, La nuda propiedad. (En "Anuario de Derecho Civil", IX, III, 1956, pg. 751 ss.).
- COVIELLO (Leonardo), L'ipoteca come diritto reale. (En "Rivista di diritto civile", 1ª ep. XXVIII, 1936 pg. 1 ss.).
- COVIELLO (Nicola), Manuale di Diritto Civile italiano. V.I. Milano, 1.910.-

- CHIRONI, Treattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno. Milano, 1.917.
- DE DIEGO, Instituciones de Derecho Civil Español. Madrid, 1.929.
- DE LA CAMARA, Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real. (En "Revista de Derecho Privado", XXXIII, 386, 1949 pg. 377, ss).
- DE MARTINO, Della proprietà. (En Commentario del Codice Civile, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, libro 3º, Bologna, Roma, 1959 pg. 118, ss).
- DE SIMONE, La separazione dei beni ereditari. Nápoles, 1942.
- DEL VECCHIO, Sobre el derecho agrario. (En "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", § 192, 1952, pg. 542.).
- DIEZ PICAZZO, El pago anticipado. (En "Revista de Derecho Mercantil", nº 73, 1959, pg. 37).
- DISTASO, Natura giuridica dell'ipoteca. Milano, 1953.
- D'ORS, Elementos de Derecho Privado Romano. Pamplona, 1960.
- D'ORS Y BONET, El problema de la división del usufructo. (En "Anuario de Derecho Civil" V, I, 1952, pg. 62).
- DORAZI, Della prelazione legale e volontaria. Milano 1950

- DOSSETTO, Teoría della comunione. Padova, 1948.
- FALCON, Exposición doctrinal del Derecho Civil español, común y foral. 5ª ed. Barcelona, 1897.
- FERRARA (Francesco), Trattato di Diritto Civile italiano, V. I, Roma 1921.
- " Gli atti d'amministrazione. (En Scritti Giuridici, I, Milano 1954, pg. 261 ss).
- " I negozi sul patrimonio altrui. (En Scritti Giuridici, III Milano, 1954, pg. 407, ss).
- FERRARA (M), Il rapporto di inerenza dei diritti alla persona. (En Rivista di Diritto Civile, 1ª ep. XXIX, 1937 pg. 338, ss).
- FILOMUSI-GUELFI, Institutioni di Diritto Civile. Sin año.
- FRANCESCELLI, L'oggetto del rapporto giuridico. (En "Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile", Año XI, nº 1, pg. 33 ss).
- " L'ipoteca come diritto reale. (En "Rivista di diritto commerciale", I, 1938, pg. 292).
- FUENMAYOR, El cumplimiento "post mortem" de las obligaciones naturales. Madrid, 1955.
- FUENTES LOJO, La hipoteca de establecimientos mercantiles y

la ley de Arrendamientos urbanos. Barcelona, 1955.

HEDEMANN, Tratado de Derecho Civil, VII, Derechos reales,
traducción esp. Díez Pastor y González Enríquez,
Madrid, 1955.

HERNANDEZ GIL, Explicaciones de Cátedra, 1952 - 1953.

" La propiedad en el Derecho y en la realidad actuales. (En el orden social moderno, Madrid, 1948).

" Prólogo a la obra de Pascual Quintana "En torno al concepto de Derecho Civil". Salamanca, 1959.

GALINDO Y ESCOSURA, Comentarios a la Legislación hipotecaria de España. Madrid, 1900.

G I L, De los Censos. Santiago, 1880.

GINOT, El arrendamiento otorgado por el usufructuario.
(En "Anuario de Derecho Civil," IX, 2, 1956, pg. 1333").

" El arrendamiento concertado por el deudor con posterioridad a la constitución de la hipoteca.
(En "Anuario de Derecho Civil," VIII, 1955, pg. 1167").

GITRAMA, La administración de herencia en el Derecho Español, Madrid, 1950.

- GOMEZ PAVON, Nuevas aspiraciones del Derecho rural. (En "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", nº 136, 1936, pg. 268).
- GONZALEZ PALOMINO, "Adjudicación en pago de deudas". (En "Anales de la Academia Matritense del Notariado", tomo II, 1945, pg. 241 ss).
- GONZALEZ RODRIGUEZ, Boletín Jurídico. (En "Anales de la Academia Matritense del Notariado", III, 1946 pg. 328).
- G O R L A, Garantie reali delle obbligazioni. Milano, 1935.
- GORLA (Gino), Delle ipoteche. (En Comentario del Codice Civile, a cura de Scialoja-Branca, libro VI, Bologna-Roma, 1958, pg. 387 ss).
- GROSSO Y DEIANA, La servitù prediali. 2ª ed. Torino, 1955.
- G U A S P, La Ejecución procesal en la ley hipotecaria. Barcelona, 1951.
- G U L L O N, El Derecho real de subhipoteca. Barcelona, 1957.
- L A C A L, El mito de la necesidad de la hipoteca. (En "Revista de Derecho Privado", nº 392, XXXIII, pg. 925).
- LACRUZ, Usucapion de las servidumbres discontinuas o no

aparentes. Madrid, 1955.

LACRUZ, Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral.
2ª ed. Zaragoza, 1957.

LADARIA CALDENTY, Legitimación y apariencia jurídica. Bar-
celona, 1952.

LAZARA, Note in tema di possesso del nudo proprietario.
(En "Rivista trimestrale di Diritto e Proce-
dura Civile", año XIII, nº 2, 1959, pg. 520).

LIEBMAN, Il titolo esecutivo riguardo ai terzi. (En
"Rivista di diritto processuale civile", I,
1934, pag. 127 ss.)

LOPEZ TORRES, Complemento al estudio de la hipoteca de res-
ponsabilidad limitada. (En "Revista Crítica
de Derecho Inmobiliario", nº 221, 1946, pg.
559).

LUNO PEÑA, Sobre la función social de la hipoteca. (En
"Cuestiones de Derecho hipotecario y social".
Barcelona, 1945, pg. 118).

MAIORCA, Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa
altrui. Milano, 1938

" Proprietà e antigiuridicità. (En "Rivista di
Diritto Civile", 1ª ep. XXXIII, 1941, pag. 5).

- MANRESA, Comentarios al Código Civil español. Madrid 1911.
- MARIANI, Della ipoteca immobiliare. Milano, 1958.
- MEDRANO, Problemas de indivisión en la comunidad. (En "Revista de Derecho Notarial", XIX, 1958, pg. 61 ss).
- MESSINEO, Manuale di Diritto Civile e Commerciale. 8ª ed. Milano, 1952.
- MEZQUITA DEL CACHO, El derecho real de superficie en la ley 12 de Mayo 1956. (En "Revista de Derecho Privado", XLI, 1957, pg. 753.)
- MONTIEL,
- MORENO QUESADA, Usufructo de la ruda propiedad. (En "Anuario de Derecho Civil", XII, 2, 1959, pg. 535).
- MORELL Y TERRY, Comentarios a la Legislación hipotecaria de España. Madrid 1934.
- MORO LEDESMA, La relación entre el arrendamiento y la hipoteca. (En "Anuario de Derecho Civil", IX, 4, 1956, pg. 1345).
- MOXO RUANO, Desmembración de rúas usufructuadas por el rudo propietario. (En "La Notaría", 1.947 pg. 164).
- " Concepto unitario de la hipoteca. (En "Revista de Derecho Privado", XXIV, 1940, pg. 69).

- NIN Y ABARCA, La hipoteca de responsabilidad limitada. (En "Revista crítica de Derecho Inmobiliario", n° 228, 1947, pg. 292).
- NICOLO, Della conservazione della garanzia patrimoniale. (En Comentario del Codice Civile de Scialoja - Branca, 2ª ed. l. VI, Bolonia, Roma, 1959. pg. 1 ss).
- NUÑEZ LAGOS, Perfiles de fé pública. (En "Anuario de Derecho Civil", 2, 1, 1949, pg. 28. ss).
- " Pago de lo indebido sin error. (En "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", XI, n° 2 1946, pg. 129 ss).
- " El Registro de la propiedad español. (En "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", n° 250, 251, XXV, 1949 pg. 137 ss), y 217 ss).
- NUSSBAUM, Tratado de derecho hipotecario alemán. Traducción esp. W. Roces, Madrid, 1929.
- ORTEGA, La hipoteca del usufructo y su extinción. (En "Revista de Derecho Privado", n° 353, XXX, 1946, pg. 822.)
- OSSORIO MORALES, Derecho real "in faciendo". (En "Revista de Derecho Privado", XI, 249. 1934, pg. 177.)
- PACHIONI, Los contratos a favor de tercero. Traducción

esp. Javier Osset. Madrid, 1948.

PALUMBO, La concessione d'ipoteca da parte del terzo.
Padova, 1937.

PEREZ TEJEDOR Y SERRANO MORENO, Arrendamientos rústicos. Ge-
rona, 1951.

P I N O, Il patrimonio separato. Padova, 1950.

" La diminuzione della garanzia ipotecaria. (En
"Revista trimestrale di Diritto e Procedura ci-
vile", I, 1, 1947, pg. 88 ss).

PUGLIATTI, Esecuzione forzata e diritto sostanziale. Mi-
lano, 1935.

" Introducción al estudio de Derecho civil. 3ª
ed., México, 1943.

PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil. t. III, Derecho
de cosas. Barcelona, 1953.

PUIG PEÑA, Tratado de Derecho Civil Español. tomo III, De-
rechos reales, VII, Madrid, 1951.

PLANIOL-RIPERT, Traité Pratique de Droit Civil Français. 2ª ed.
t. III, Les biens, tomo XIII, Suretés réelles,
Paris, 1953.

RAMOS FOLQUES, La regulación jurídica registral de la edifi-
cación. (En "Revista crítica de Derecho Immo-
biliario," nº 318 - 319, 1954, pg. 849).

" Defensa de la naturaleza real de la hipoteca.

(En "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario",
nº 258, 1949, pg. 695.).

REDENTI.- Del giudizio civile con pluralità di parti.
Modena, 1910.

" Natura giuridica della cambiale e della obli-
gazione cambiaria. (En "Rivista di Diritto Com-
merciale", I, 1912, pg. 933.).

" Profili Statici del Diritto processuale civile.
Milano, 1939.

LA RICA, La obligación personal y la responsabilidad real
en las nuevas modalidades de hipoteca. (En "An-
ales de la Academia Matritense del Notariado",
tomo IV, 1948, pg. 286.).

" Comentario a la reforma del reglamento hipote-
cario. Madrid, 1959

RIGAUD, El derecho real. Traducción esp. 1929.

R O C A, Derecho hipotecario. 5ª ed., Barcelona, 1954.

RUBINO, La responsabilità patrimoniale. 2ª ed. Torino,
1956.

" L'ipoteca immobiliare e mobiliare. Milano, 1956

SANZ FERNANDEZ, Comentarios a la nueva ley hipotecaria. Ma-
drid 1944.

" Instituciones de Derecho hipotecario. Madrid
1947.

- SEGRE Y MONTEL, Il possesso. Torino, 1956.
- SERRAT, Derechos reales y pactos de trascendencia real.
(En "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario",
247, 1948, pg. 769).
- SCARVOLA, Código Civil. 4ª ed. Madrid, 1902
- T H O N, Norma giuridica e diritto soggettivo. Traducción
italiana, Alessandro Levi, 2ª ed. Padova, 1951.
- VON THUR, Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil
Alemán. Traducción Ravá, Buenos Aires, 1946.
- VALLES Y PUJALDS, Préstamo a interés, usura, hipoteca. Barce-
lona, 1933.
- VALDECASAS, La idea de sustancia en el Código Civil. (En "Re-
vista de Derecho Privado", XXIV nº 416, 1951, pg.
881).
- VALLET DE GOYTISOLO, La ley 16 de Diciembre de 1954 y su re-
glamento de 17 de junio 1955 sobre hipoteca mobi-
liaria y prenda sin desplazamiento. (En "Anuario
de Derecho Civil", VIII, 4, 1955, pg. 1227).
- " Pignus tabernae. (En "Anuario de Derecho Civil",
VI, IV, 1953, pg. 784).
- " Derechos reales. Curso de conferencias desa-
rrolladas en el Curso de Derecho Privado de la
Universidad de Verano de Santander, 3-8 octubre
1951.

VALLAT DE GOYTISOLO, La hipoteca de Derecho Arrendatario.

Madrid, 1951.

VENEZIAN, Usufructo, uso y habitación. Traducción esp. Madrid, 1928.

VILLAVICENCIO, La facultad de disposición. (En "Anuario de Derecho Civil", III, IV, 1950 pg. 1.026).

WALINE, L'individualisme et le droit. 2^e ed. París, 1949.

WINDSCHEID, Diritto delle Pandette. Traducción italiana y notas de Fadda y Bensa, Torino 1926.

INDICE DE SENTENCIAS

=====

- S.T.S. 24 de febrero de 1.855**
- " 19 de diciembre de 1.864
 - " 10 de febrero de 1.877
 - " 3 de enero de 1.905
 - " 12 de enero de 1.943
 - " 5 de febrero de 1.945
 - " 22 de diciembre de 1.945
 - " 3 de diciembre de 1.954
 - " 31 de diciembre de 1.956
 - " 15 de febrero de 1.957
 - " 1 de marzo de 1.957
 - " 20 de mayo de 1.957
 - " 17 de marzo de 1.958
 - " 26 de junio de 1.958
 - " 30 de octubre de 1.958

INDICE DE RESOLUCIONES D.G.R.

=====

- R. 3 de mayo de 1.884**
- " 23 de junio de 1.905
 - " 13 de julio de 1.905
 - " 28 de agosto de 1.907
 - " 29 de noviembre de 1.907
 - " 12 de agosto de 1.911

- R. 27 de agosto de 1.912
" 9 de septiembre de 1.913
" 12 de noviembre de 1.913
" 9 de junio de 1.914
" 6 de julio de 1.917
" 9 de marzo de 1.918
" 29 de septiembre de 1.924
" 26 de julio de 1.928
" 15 de junio de 1.929
" 24 de diciembre de 1.934
" 27 de diciembre de 1.934
" 25 de Noviembre de 1.935
" 19 de noviembre de 1.943
" 12 de julio de 1.945
" 21 de abril de 1.949
" 18 de abril de 1.952
" 20 de octubre de 1.954
" 27 de marzo de 1.957.